Der
Konkurs der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der K. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

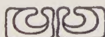
zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Hans Wiesner
Rechtspraktikant aus Würzburg.





Referent: Professor Dr. Ernst Jaeger.

Dem Andenken meines Vaters,

des Rechtsanwalts und K. Justizrats

Georg Wiesner

in dankbarer Erinnerung gewidmet.

Literatur.

(Die Abkürzungen sind entweder in Klammern beigesetzt oder bestehen im Namen des Autors. — GG. = Gesetz, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.)

I. Gesetzesmaterialien.

1. Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes betr. die Gesellschaften m. b. H., Reichstagsaktenstück Nr. 660 für 1892 (Motive).
2. Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, 1881 (Mat. z. KO.).
3. Materialien zum Handelsgesetzbuche, Berlin, Heymanns Verlag, 1897 (Mat. z. HGB.).

II. Kommentare und erläuterte Ausgaben des Gesetzes betr. die G. m. b. H.

1. Esser, R., 3. Aufl., 1902.
2. Foertsch, R., 2. Aufl., 1899.
3. Liebmann, J., 4. Aufl., 1899.
4. Merzbacher, S., 2. Aufl., 1904.
5. Neukamp, E., 2. Aufl., 1901.
6. Parisius-Crüger, 3. Aufl., 1901.
7. Rosenthal, M., 1901.
8. Staub, H., 1903.

III. Konkursrechtliche Literatur.

1. Jäger, Kommentar z. KO., 2. Aufl., 1904.
2. Kohler, Lehrbuch, 1891.
3. Petersen-Kleinfeller, Kommentar z. KO., 4. Aufl., 1900.
4. v. Sarwey-Bossert, Kommentar z. KO., 4. Aufl., 1900.
5. Seuffert, Konkursprozeßrecht, 1899.
6. v. Völderndorff, Kommentar z. KO., 1885.
7. Wolff, Th., Kommentar z. KO., 1900.

IV. Handelsrechtliche Literatur.

1. Behrend, Lehrbuch, 1. Bd. II. Abt., 1896.
2. Cosack, H., Lehrbuch, 6. Aufl., 1903.
3. Lehmann-Ring, Das HGB. erläutert, 1902.
4. Pinner, A., Das deutsche Aktienrecht, 1899.
5. Rehm, H., Die Bilanzen der Aktiengesellschaften usw., 1903.
6. Simon, H. V., Die Bilanzen der Aktiengesellschaften usw., 1899.

7. Staub, H., Kommentar z. HGB., 1900. (Staub HGB.). — Eine neue Auflage ist für März 1906 angekündigt, z. Zt. (12. III. 06) aber noch nicht erschienen.

V. Spezialarbeiten.

1. Bett, K., Der Konkurs der Aktiengesellschaft und ihre Erneuerung, in den Rostocker rechtswissenschaftlichen Studien, 1904.
2. Goldstein, Der Konkurs der Aktiengesellschaft, Würzburger Dissertation, 1901.
3. Jaeger, E., Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, 1897 (Jaeger o. H.).
4. Pommer, G., Die Pflichten und Rechte der Mitglieder einer G. m. b. H., Göttinger Dissertation, 1893.
5. Thaler, J., Der Konkurs des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, Würzburger Dissertation, 1902.

VI. Zeitschriften und Gerichtspraxis.

1. Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
2. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGE.).
3. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGS.).
4. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROH.).
5. Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
6. Deutsche Juristenzeitung (JZ.).
7. Juristische Wochenschrift (JW.).
8. v. d. Pfordten, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Z. f. R.).

Inhaltsübersicht.

§ 1.

Einleitung.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung verdankt ihre Entstehung einem wirtschaftlichen Bedürfnis. Früher hatte man nur in der Aktiengesellschaft eine Gesellschaftsform, bei welcher die Mitgliedschaft mit ihren Rechten und Pflichten auf Anteile von bestimmtem Nennbetrage[1]) gestellt war und in welcher Unternehmungen jeder Art betrieben werden konnten. Es gibt nun aber Fälle, in welchen die Anwendung einer solchen Gesellschaftsform wünschenswert, die straffe und verwickelte Organisation der Aktiengesellschaft dagegen lästig und überflüssig erscheint. Diese Lücke sollte das Gesetz vom 20. April 1892 ausfüllen. Tatsächlich hat denn auch die neue Gesellschaftsform eine außerordentlich rasche Verbreitung gefunden.[2]) Das Schicksal der zahlreichen Neugründungen war allerdings nicht immer das beste. Konkurse von Gesellschaften m. b. H. sind ziemlich häufig[3]) und ihr Ergebnis ist in verhältnismäßig vielen Fällen ein auffallend schlechtes. Dieser Umstand hat schon Anlaß zu Betrachtungen vom Standpunkte der Gesetzgebungspolitik aus gegeben[3a]) und verleiht den Konkursen der G. m. b. H. eine gewisse Bedeutung für das wirtschaftliche Leben der Gegenwart.

Im Folgenden soll indessen der Konkurs der G. m. b. H. lediglich vom juristischen Standpunkt aus betrachtet werden. Da muß vor allem die große Ähnlichkeit hervorgehoben werden, welche zwischen dem Konkurse der G. m. b. H. und dem Konkurse der Aktiengesellschaft besteht, wie überhaupt die G. m. b. H., juristisch betrachtet, nur eine Abart der Aktiengesellschaft bildet. Von den wesentlicheren Unterschieden zwischen den beiden Gesellschaftsformen spielen überdies manche im Konkurse gar keine Rolle. So ist der Umstand, daß Aktien leichter übertragbar

---

[1]) Vgl. indessen Fußnote 116a.

[2]) Parisius-Crüger S. 3 ff., 56.

[3]) Parisius-Crüger S. 58.

[3a]) Vgl. Neukamp S. XVI, Liebmann Einleitung.

sind als Geschäftsanteile einer G. m. b. H. schon deshalb praktisch gleichgültig, weil in der Regel niemand Lust haben wird, Anteile einer in Konkurs befindlichen Gesellschaft zu erwerben. Ebenso verlieren die strengeren Vorschriften des Aktienrechts, welche sich gegen einen unlauteren, das Publikum schädigenden Betrieb des Unternehmens richten, im Konkursfall ihre Bedeutung; im Konkurse steht ja auch die G. m. b. H. unter der Aufsicht des Konkursgerichts und der Gläubigerschaft und ist in ihrer Tätigkeit eingeengt uud lahmgelegt durch den Konkursbeschlag und die Stellung des Konkursverwalters. — Dagegen treten zwei andere Momente, welche die G. m. b. H. von der Aktiengesellschaft unterscheiden, gerade im Konkurse merklich hervor. Hierher gehört einmal die subsidiäre Haftung sämtlicher Gesellschafter für uneinbringliche Einzahlungen auf die Stammeinlagen, wodurch die Konkursmasse einer G. m. b. H. einen besonderen Rückhalt erhält. Sodann ist die Nachschußpflicht der Gesellschafter zu erwähnen. Zwar haben die Gläubiger kein Recht auf Einforderung von Nachschüssen, dieselben können aber gleichwohl der Masse zu Gute kommen oder doch zur Ermöglichung eines Zwangsvergleiches dienen. Diese Punkte sollen unten im 3. Kapitel näher erörtert werden.

I. Kapitel.

Die Konkursvoraussetzungen.

§ 2.

Konkursmöglichkeit.[4])

1. Die Frage, ob ein Konkurs der G. m. b. H. möglich ist, wird vom Gesetz nicht ausdrücklich beantwortet. Die §§ 60 ff. GG. setzen die Möglichkeit eines Konkurses der G. m. b. H. bereits voraus und sagen uns nicht, woraus sich dieselbe ableitet, ob aus der Konkursfähigkeit der Gesellschaft als solcher oder etwa aus dem Vorhandensein eines einer bestimmten Gläubigergruppe haftenden Sondervermögens, wie bei der offenen Handesgesellschaft.[5]) Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus folgender Erwägung:

---

[4]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft vgl. Jaeger §§ 207, 208 A. 1—2; Goldstein § 1; Bett §§ 2—4.

[5]) Jaeger o. H. S. 3.

1. Die G. m. b. H. ist rechtsfähig: denn sie ist nach § 13 I GG. fähig, Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein. Dabei ist es für uns gleichgültig, ob man der G. m. b. H. (mit der herrschenden Lehre) den Namen einer juristischen Person gibt oder ihr nur eine „formelle Rechtsfähigkeit“[6]) zuerkennt.

2. Da die G. m. b. H. rechtsfähig ist, ist sie im Zivilprozeß parteifähig: § 50 I ZPO. Dies ist übrigens in § 13 I GG. noch ausdrücklich ausgesprochen, indem es dort heißt: „Die G. m. b. H. kann vor Gericht klagen und verklagt werden.“ Parteifähigkeit ist ja nichts anderes als die Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden.

3. Das Konkursverfahren wird vom geltenden Recht[7]) als eine Unterart des Zivilprozesses behandelt: § 72 KO. Da nun die G. m. b. H. fähig ist, Passivbeteiligte im Zivilprozeß zu sein, muß sie in Ermangelung einer besonderen Vorschrift auch fähig sein, Passivbeteiligte im Konkurse zu sein.

Sonach ergibt sich die Möglichkeit eines Konkurses der G. m. b. H. aus ihrer **Konkursfähigkeit**.

II. Die Konkursfähigkeit der G. m. b. H. **beginnt** zugleich mit ihrer Rechtsfähigkeit, d. h. mit der Eintragung in das Handelsregister am Sitze der Gesellschaft, § 11 I GG. Vor der Eintragung besteht die G. m. b. H. als solche überhaupt nicht. Es fragt sich nun, welchen rechtlichen Charakter die in Bildung begriffene Gesellschaft in dem Stadium zwischen Abschluß des Gesellschaftsvertrages und Eintragung in das Handelsregister hat.[8]) Würde man sie etwa als offene Handelsgesellschaft oder als nicht-rechtsfähigen Verein konstruieren, so müßte man wenigstens die Möglichkeit eines Sonderkonkurses über das Gesellschafts- bezw. Vereinsvermögen zugeben (§§ 209, 213 KO.). Allein die in Bildung begriffene G. m. b. H. ist einmal keine offene Handelsgesellschaft, weil ihr Zweck nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma gerichtet ist (entweder überhaupt nicht oder nicht unmittelbar, sondern erst für die Zeit von der Eintragung ab) und weil die Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden

---

[6]) So **Meurer**, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht 1901, S. 79, 105, 126.

[7]) Die begriffliche Zugehörigkeit ist bestritten, vgl. einerseits **Jaeger** § 72 A. 1, andererseits **Oetker**, Konkursrechtl. Grundbegriffe 1. Bd. 1891, S. 1 ff.

[8]) **Staub** § 11 Abs. 1 u. 2.

schon im Gründungsstadium beschränkt ist.[9]) Ebensowenig handelt es sich um einen Verein, da die Gesellschaft in ihrer augenblicklichen Gestalt nicht auf die Dauer berechnet ist. Die in Bildung begriffene G. m. b. H. fällt vielmehr unter den allgemeineren Begriff einer Gesellschaft des Bürgerlichen Rechtes; durch den Gesellschaftsvertrag haben sich die Gründer verpflichtet, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in vertragsmäßiger Weise zu fördern; der Zweck ist die Errichtung einer G. m. b. H. und die vorsorgliche statutarische Regelung der Verhältnisse für die Zeit nach der Errichtung (vgl. § 705 BGB.).[9a]) Da nun über eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechtes ein Konkursverfahren nicht zugelassen ist,[10]) so beginnt die Konkursmöglichkeit bei der G. m. b. H. erst mit der Eintragung.

III. Die Konkursfähigkeit der G. m. b. H. endigt zugleich mit ihrer Rechtsfähigkeit.

1. Das Erlöschen der Rechtsfähigkeit fällt nicht zusammen mit der Auflösung der Gesellschaft nach § 60 GG. Diese bedeutet vielmehr nur den Eintritt des Liquidationsverfahrens (§§ 66ff. GG.) und bis zur Beendigung der Liquidation bewahrt die G. m. b. H. gemäß § 69 mit § 13 GG. ihre Rechtsfähigkeit; nur der Gesellschaftszweck ist jetzt ein anderer, nämlich die Durchführung der Liquidation.[11]) Die Liquidation endigt normalerweise mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens (§ 72 GG.). Demnach wiederholt § 63 II GG. (mit § 207 II KO.) nur eine Konsequenz der zitierten Rechtssätze, indem er sagt: „Nach Auflösung einer G. m. b. H. ist die Eröffnung des Konkursverfahrens solange zulässig, als die Verteilung des Vermögens nicht vollzogen ist.“ Diese Verteilung darf nicht vor Tilgung oder Sicherstellung der Schulden der Gesellschaft und nicht vor Ablauf eines Jahres seit dem Tage vorgenommen werden, an welchem die Aufforderung an die Gläubiger, sich zu melden, in den öffentlichen Blättern zum dritten Male erfolgt ist (§ 73 I GG.). Die Löschung der Gesellschaftsfirma im Handelsregister ist zwar vorgeschrieben,[12]) für die Frage

---

[9]) Staub § 11 Abs. 5.

[9a]) So auch RGE. Bd. 58 S. 55; a. M. Merzbacher S. 29.

[10]) Bestritten; näheres Jaeger § 25 Abs. 8.

[11]) Staub § 60 A. 1; Parisius-Crüger § 60 A. 1; Liebmann S. 165.

[12]) Staub § 74 A. 14.

der Konkursfähigkeit jedoch ohne Bedeutung (im Gegensatz zu der Eintragung bei der Gründung).

2. Sind trotz vorgenommener Vermögensverteilung noch Aktiva des Gesellschaftsvermögens vorhanden, so ist es zu einer „Verteilung" im Sinne einer vollkommenen Ausschüttung des Gesellschaftsvermögens in Wirklichkeit gar nicht gekommen; die Liquidation und damit die rechtliche Existenz und Konkursfähigkeit der G. m. b. H. haben daher nur scheinbar, nicht aber in Wirklichkeit ihr Ende gefunden.[13]) Diese Ansicht wird auch gestützt durch den analog anzuwendenden § 302 IV HGB., wonach in einem solchen Falle eine Nachtragsliquidation auf Antrag eines Beteiligten stattzufinden hat. Sonach kann auch in diesem Stadium noch der Konkurs eröffnet werden, vorausgesetzt natürlich, daß sich auch noch Passiva herausstellen.

3. Sind die Aktiva zwar vollständig verteilt, dagegen Passiva noch vorhanden, so ist die Liquidation in Wahrheit ebenfalls noch nicht beendet. Denn zur Liquidation gehört auch die Erfüllung der Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft (§ 70 GG.). Solange dies nicht geschehen ist, bewahrt die G. m. b. H. ihre rechtliche Existenz und kann über sie der Konkurs eröffnet werden. Allerdings kann der Eröffnungsantrag abgewiesen werden, wenn nur Passiva, aber keine Aktiva vorhanden sind (§ 107 KO.). Regelmäßig wird jedoch eine Masse schon deshalb vorhanden sein, weil der Gesellschaft an Stelle des verteilten Vermögens neues Vermögen in Gestalt gewisser Ersatzansprüche erwächst: so der Anspruch gegen die Liquidatoren auf Ersatz der verteilten Beträge (§ 73 III GG.), der Anspruch gegen die Gesellschafter auf Erstattung der erhaltenen Beträge (§ 31 GG.),[14]) ferner, falls ein Aufsichtsrat bestellt ist, der Schadensersatzanspruch gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats, wenn dieselben ihre Überwachungspflicht im vorliegenden Falle nicht erfüllt haben (§ 52 GG. mit §§ 246, 249 II HGB.). Auch nachträglich kann eine Konkursmasse geschaffen werden durch Ausübung des paulianischen Anfechtungsrechtes (§§ 29 ff., 37 KO.). Außer im Wege der Anfechtung können Gläubiger, welche im Liquidationsverfahren befriedigt worden sind, nicht gezwungen

---

[13]) Staub § 74 A. 18.

[14]) Staub § 73 A. 13.

werden, das Erhaltene zurückzugewähren, auch wenn im weiteren Verlaufe des Verfahrens der Konkurs eröffnet wird.[15])

4. War die G. m. b. H. durch Konkurs aufgelöst worden, so fällt ihr Ende normalerweise (falls sich an den Konkurs nicht die Liquidation anschließt) zusammen mit der Beendigung des Konkurses. Findet sich nachträglich noch Vermögen vor, so ist dasselbe gemäß § 166 KO. an die Konkursgläubiger zu verteilen. Bleibt dann noch ein Rest von Aktivvermögen übrig, so findet über denselben (in analoger Anwendung des § 302 IV HGB.) Nachtragsliquidation statt.[16]) Solange bis diese beendigt ist, ist die G. m. b. H. als in Wahrheit gar nicht erloschen anzusehen, sie ist darum auch noch konkursfähig und es kann daher, falls neue Schulden hinzukommen, unter den allgemeinen Voraussetzungen ein neuer Konkurs eröffnet werden.[17])

5. Keine besonderen Vorschriften bestehen (im Gegensatze zum Aktienrechte[18])) für den Fall der Fusion, d. h. der Übernahme des Gesellschaftsvermögens durch eine andere G. m. b. H. oder eine Aktiengesellschaft, während die bisherige G. m. b. H. Geschäftsanteile bezw. Aktien der neuen Gesellschaft erhält.[19]) In diesem Falle kann die bisherige G. m. b. H., falls sie nicht als Mitglied der neuen Gesellschaft und Inhaberin der übernommenen Anteile fortbesteht, nur im ordentlichen Liquidationsverfahren aufgelöst werden und bewahrt bis zur Beendigung desselben (Verkauf der übernommenen Anteile, Verteilung des Erlöses an die Gesellschafter nach Tilgung der Schulden und Ablauf des Sperrjahres) ihre Konkursfähigkeit.

IV. Gleiches wie für die in Auflösung begriffene G. m. b. H. gilt für die nichtige G. m. b. H.[20]) Nichtig ist eine G. m. b. H., wenn es an einer der wesentlichen Bestimmungen des Statuts fehlt (§ 75 GG.). Ist die Nichtigkeit, sei es auf Grund eines Nichtigkeitsurteils oder von Amts wegen in das Handelsregister eingetragen (§ 75 GG., § 273 HGB., § 144 FGG.), so finden die Vorschriften über die Liquidation

---

15) Goldstein S. 7; Bett S. 11 A. 4.

16) Bett S. 10.

17) Staub § 74 Anm. 21.

18) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 2; Cosack S. 616; Pinner S. 315.

19) Näheres Staub § 60 Anm. 25—28, § 70 Anm. 6 u. 8, § 80 Anm. 46.

20) Vgl. RG. vom 20. Juni 1904 in JW. S. 503 des 23. Jahrg.; RGE. Bd. 59 S. 325.

entsprechende Anwendung (§ 77 GG.). Sonach gilt die G. m. b. H. in dem Stadium nach der Eintragung der Nichtigkeit als rechtsfähig und konkursfähig (§ 69 mit § 13 GG.). Gleiches ist aber auch für das Stadium vor der Eintragung der Nichtigkeit anzunehmen. Eintragung der Nichtigkeit und Nichtigkeitsurteil haben nur deklaratorische Bedeutung; dies ergibt sich schon daraus, daß nach § 144 FGG. die Nichtigkeitserklärung durch Urteil gar nicht abgewartet zu werden braucht, in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Denkschrift zum HGB.[21]) Das Liquidationsverfahren setzt allerdings erst mit der Eintragung ein. Allein die Bestimmung, welche der nichtigen G. m. b. H. Rechtsfähigkeit beilegt, hat mit dem Liquidationszweck selbst nichts zu tun.

Unrichtig[22]) ist folgende Beweisführung: Ist der Gesellschaftsvertrag nichtig, so fehlt rechtlich eine besondere Vermögensmasse; diese ist nun aber Voraussetzung des Gesellschaftskonkurses; folglich ist der Konkurs über eine nichtige Gesellschaft unmöglich. Bei dieser Folgerung wird übersehen, daß durch die positive Bestimmung des Gesetzes der nichtigen G. m. b. H. die Stellung einer Liquidationsgesellschaft und damit die Rechtsfähigkeit zugesprochen wird, wodurch ihr Vermögen eben rechtlich zu einer besonderen Vermögensmasse wird. Unrichtig ist sonach auch die Ansicht, daß der Konkurs eingestellt werden müsse, wenn sich während desselben die Nichtigkeit der Gesellschaft herausstellt.

V. Alle G. m. b. H. sind konkursfähig, gleichgültig worin der Gegenstand ihres Unternehmens besteht. Nach § 1 GG. kann jeder gesetzlich zulässige Zweck zum Gegenstand des Unternehmens genommen werden, also nicht nur der Betrieb eines Handelsgewerbes, sondern auch der Betrieb eines anderen Erwerbsgeschäftes oder ein rein idealer Zweck.

Immerhin sind die Grenzen nicht so weit gezogen wie bei der Aktiengesellschaft: das Hypothekenbankgeschäft, Versicherungsunternehmungen auf Gegenseitigkeit und eine Reihe von Versicherungsgeschäften gegen Prämien können nicht in der Form der G. m. b. H. betrieben werden (§§ 1, 2 des Hypothekenbankgesetzes; § 6 des Gesetzes über die privaten Ver-

---

[21]) Mat. z. HGB. S. 83.

[22]) Gegen Petersen-Kleinfeller §§ 207, 208 Anm. 1.

sicherungsunternehmungen). Dadurch bleiben manche konkursrechtliche Sonderbestimmungen für die G. m. b. H. außer Betracht.

Auch Bahnunternehmungen können in der Form der G. m. b. H. betrieben werden und sind dann ebenfalls konkursfähig nach Reichsrecht. Eine andere Regelung wurde in der Reichstagskommission zur Beratung der KO.[23]) für die Eisenbahnaktiengesellschaften beantragt: es sollte dem Landesrecht freier Spielraum gelassen werden. Der Antrag wurde jedoch damals bereits in der Kommission abgelehnt, würde auch heute keine große Bedeutung mehr besitzen, da die deutschen Bundesstaaten inzwischen sämtlich zum Staatsbahnensystem übergegangen sind.

VI. Die G. m. b. H. ist als solche rechtsfähig und konkursfähig, nicht ihre einzelne Niederlassung. Besitzt eine G. m. b. H. mehrere Niederlassungen, sei es nur im Inland oder daneben auch im Ausland, so kann im Inlande nur ein einheitlicher Konkurs eröffnet werden. Derselbe umfaßt das ganze, auch das ausländische Vermögen der Gesellschaft (arg. e contr. § 238 I KO.).[24]) Möglich ist, daß daneben im Auslande über das ausländische Vermögen ein Konkurs eröffnet wird. Beide Konkurse gehen dann unabhängig nebeneinander her.[25]) War der ausländische Konkurs zuerst eröffnet, so bedarf es nicht des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit zur Eröffnung des inländischen Verfahrens (§ 238 III KO.).

VII. Auszuscheiden ist die Frage nach der Konkursfähigkeit einer G. m. b. H., welche im Auslande ihren Sitz, im Inlande aber eine Zweigniederlassung oder Vermögen hat. Eine solche gibt es überhaupt nicht. Eine G. m. b. H. im Sinne des Gesetzes vom 20. April 1892 kann nur im Inlande ihren Sitz haben (vgl. § 7 GG.). Allerdings gibt es auch im Auslande ähnliche Gesellschaftsformen (anonyme Gesellschaften usw.);[26]) dieselben stehen jedoch der Aktiengesellschaft näher und wären selbst dann als ausländische Aktiengesellschaften zu behandeln, wenn sie in ihrem Charakter der G. m. b. H. näher kämen.[27])

---

[23]) Mat. z. KO. S. 679 ff. (Protokolle S. 187 ff.); Jaeger §§ 207, 208 Anm. 1; Goldstein S. 6; Bett S. 7.

[24]) Jaeger § 238 Anm. 1.

[25]) Jaeger § 238 Anm. 3.

[26]) Borchardt, Handelsgesetze des Erdballs.

[27]) Näheres Staub § 3 Anm. 5, § 12 Anm. 26 ff.

§ 3.

Konkursgründe.[28])

I. Es bedarf eines Konkursgrundes als sachlicher Voraussetzung des Konkursverfahrens. Im Regelfalle ist die Zahlungsunfähigkeit Konkursgrund, d. h. das auf voraussichtlich dauerndem Mangel an Zahlungsmitteln beruhende Unvermögen des Schuldners, seine sofort zu erfüllenden Geldschulden noch im wesentlichen zu berichtigen (§ 102 I KO.). Für den Konkurs der G. m. b. H. dagegen, wie für einige gleichgeartete Fälle, ist auch die Überschuldung, d. h. das Überwiegen der Passiva über die Aktiva Konkursgrund (§ 63 I GG., §§ 207, 209, 213 KO., §§ 98, 140 GenG.).

Die beiden Konkursgründe können sowohl zusammen als auch einzeln eintreten. Sind die Aktiva zwar größer als die Passiva, aber schwer realisierbar, und fehlt es deswegen an Zahlungsmitteln, dann kann Zahlungsunfähigkeit ohne Überschuldung eintreten. Umgekehrt kann Überschuldung bereits vorliegen, während flüssige Mittel noch für eine Weile vorhanden sind, sodaß es zur Zahlungsunfähigkeit zunächst nicht kommt.

II. Zweckmäßigkeit der Vorschrift.

Der Grund, weshalb der Gesetzgeber bei der G. m. b. H. außer der Zahlungsunfähigkeit auch die Überschuldung als Konkursgrund festgesetzt hat, besteht nach Angabe der Motive[29]) darin, daß für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Eine eingehendere Begründung geben die Motive zur KO.[30]) zu den entsprechenden Bestimmungen über den Konkurs der Aktiengesellschaft. Darnach kommen folgende Momente in Betracht:

1. Das Interesse der Gesellschaftsgläubiger. -- Solange der Einzelschuldner seine Gläubiger befriedigt, sind dieselben nicht unmittelbar gefährdet, auch wenn Überschuldung besteht; sein Kredit und seine persönliche Leistungsfähigkeit können ihm über die schwierige Lage hinüberhelfen. Und wenn es gleichwohl zum Konkurse kommt, so haftet der Gemeinschuldner den Gläubigern für den erlittenen Ausfall auch in

---

[28]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Jaeger §§ 207, 208 Anm. 3; Goldstein § 2; Bett §§ 5–6.

[29]) Motive S. 3756.

[30]) Mat. z. KO. S. 389 ff. (Motive zur KO. S. 441, 442).

der Zukunft (§ 164 KO.). — Der Gläubiger einer G. m. b. H. dagegen ist lediglich auf das vorhandene Vermögen angewiesen (§ 13 GG.). Mit dem Niedergang des Vermögens geht auch der Kredit der Gesellschaft verloren. Die Geschäftsführer sind natürlich leichter geneigt, auf das in Verfall geratene Unternehmen keine besonderen Anstrengungen mehr zu verwenden, als ein Einzelschuldner, dessen ganze wirtschaftliche Existenz auf dem Spiele steht. Die Aussicht, daß die schwierige Situation überwunden wird, ist sonach geringer. Dazu kommt, daß die G. m. b. H. normalerweise mit dem Konkurse endigt, sodaß die Gläubiger keine Hoffnung haben, in Zukunft eine Schadloshaltung für erlittene Verluste zu erhalten. Aus diesen Gründen hat es der Gesetzgeber für untunlich gehalten, dem Verfalle des Gesellschaftsvermögens zuzusehen, bis die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist.

2. Das Interesse der Gesellschafter. — Die Einwirkung der Gesellschafter auf die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens ist eng begrenzt. Während der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft die Geschäftsbesorgung selbst in der Hand hat, unbeschränkt von dem Stand des Unternehmens Einsicht nehmen und einem unwirtschaftlichen Verhalten durch seinen Widerspruch Einhalt tun kann (§§ 114, 115, 118 HGB.), kann bei der G. m. b. H. Überschuldung eintreten, ohne daß der einzelne Gesellschafter, falls er überhaupt Kenntnis davon hat, durch seine Stimme allein die Fortsetzung des Unternehmens hindern könnte (§ 47 GG.). Allerdings hat der einzelne Gesellschafter, wenn es einmal zur Überschuldung gekommen ist, insofern kein Interesse daran, ob das vorhandene Vermögen noch weiter vermindert wird oder nicht, als er im Konkurse regelmäßig doch nichts bekommt, ohne den Gläubigern für den Ausfall, sei er nun größer oder geringer, haften zu müssen. Allein einmal kann ein Vermögensinteresse doch im Einzelfalle vorliegen (z. B. wenn sich durch irgend welche Umstände während des Konkurses ein Aktivüberschuß ergibt oder wenn zur Deckung des Ausfalls Nachschüsse beschlossen werden) und schließlich hat ein Gesellschafter auch ein immaterielles Interesse daran, daß nicht andere Leute durch zweckwidrige Fortsetzung eines Unternehmens, an dem er beteiligt ist, geschädigt werden. Auch im Interesse der Gesellschafter soll daher einer fortschreitenden Untergrabung der Gesellschaft Einhalt getan werden können. — Ferner kommt in Betracht der Wechsel in der Person der Gesellschafter: es soll verhindert werden, daß Geschäfts-

anteile im Stadium der Überschuldung der Gesellschaft noch durch Verkauf unter das Publikum gebracht werden und dieses dadurch übervorteilt wird. Immerhin ist die Gefahr nicht so groß wie bei der Aktiengesellschaft, da die Geschäftsanteile der G. m. b. H. im Gegensatz zu den Aktien schwer übertragbar und nicht Gegenstand des Börsenverkehrs sind (§ 15 GG.).

3. Ferner heben die Motive zur KO. hervor, daß die Schwierigkeiten, mit denen die Gläubiger sonst zu kämpfen haben, um eine Überschuldung ihres Schuldners darzutun, bei der Aktiengesellschaft durch die vorschriftsmäßig aufgestellten und veröffentlichten Bilanzen gehoben werden. Dieser Grund fällt für die G. m. b. H. weg, da Bilanzen zwar aufgestellt, aber weder veröffentlicht noch zum Handelsregister eingereicht werden müssen, sodaß sie der Einsichtnahme seitens der Gläubiger entzogen sind (§ 41 GG.; ausgenommen Bankunternehmungen). Dadurch wird die Bestimmung, daß die Überschuldung für sich allein als Konkursgrund genüge, ihrer praktischen Bedeutung zum Teil beraubt.

III. Die oben angegebene Begriffsbestimmung der Zahlungsunfähigkeit ist im Gesetze nicht enthalten, aber in Theorie[31]) und Praxis eingehend erörtert und klargelegt. Natürlich kommt es nur auf die Zahlungsunfähigkeit der G. m. b. H. als solcher, nicht auf die der einzelnen Gesellschafter an. Der Zustand der Vermögenszulänglichkeit der G. m. b. H. ist für die Frage der Zahlungsunfähigkeit nicht entscheidend,[32]) aber immerhin ein beachtenswertes Symptom derselben.[33])

Die Zahlungsunfähigkeit muß durch irgend eine Tatsache nach Außen in die Erscheinung getreten sein, insbesondere ist sie immer dann anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung vorliegt (§ 102 II KO.). Unter Zahlungseinstellung versteht man die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung eines Schuldners an seine Gläubiger dahin, daß der Schuldner wegen eines voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln seine sofort zu erfüllenden Geldschulden im wesent-

---

[31]) Vgl. die bei Bett S. 20 angegebene Literatur (Jaeger neue Auflage § 102 Anm. 2), ferner für die G. m. b. H.: Staub § 63 Anm. 3; Parisius-Crüger § 63 Anm. 2; Neukamp § 63 Anm. 2; Liebmann S. 164, 165.

[32]) RG. Str. Bd. 3 S. 195.

[33]) RG. Str. Bd. 4 S. 68.

lichen nicht mehr erfüllen könne.[34]) Verschieden von der Zahlungseinstellung ist die Zahlungsstockung, d. h. eine nach Auffassung des Verkehrslebens nur vorübergehende Zahlungsverlegenheit, indem die Aussicht besteht, daß der Schuldner seine Gläubiger alsbald befriedigen könne. Eine solche Zahlungsstockung begründet nicht Zahlungsunfähigkeit.

IV. Die Überschuldung wird in der Regel durch Aufstellung einer Bilanz offenbar. Nach § 41 GG. müssen die Geschäftsführer in den ersten 3 Monaten eines jeden Geschäftsjahres die Bilanz für das verflossene Geschäftsjahr aufstellen. Ergibt sich aus einer solchen Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz die Überschuldung der G. m. b. H., so müssen die Geschäftsführer die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen (§ 64 I GG.).

So wichtig nun auch die Bilanz für die Feststellung der Überschuldung ist, so ist doch folgendes zu beachten: einmal ist die Bilanz, wie im folgenden Paragraphen noch ausgeführt werden soll, nicht die alleinige Quelle für die Erkenntnis der Überschuldung, sodann ist sie nicht immer eine zuverlässige Quelle[35]) und endlich darf man nicht aus dem Überwiegen der Passiva in der Bilanz ohne weiteres auf Überschuldung schließen. Denn der Zweck der Bilanz ist in erster Linie, festzustellen, welcher Betrag als Reingewinn an die Gesellschafter verteilt werden kann. Darum sind nach Vorschrift des Gesetzes eine Reihe von Posten als Passiva in die Bilanz einzusetzen, welche in Wahrheit gar keine Schulden der Gesellschaft sind, sondern nur dazu dienen, daß das zum Gedeihen der Gesellschaft erforderliche Vermögen nicht durch übermäßige Verteilung von Gewinndividenden geschwächt wird. Für die Feststellung der Überschuldung aber kommt es nur auf die wirklich vorhandenen Aktiva und Passiva an. In diesem Zusammenhang ist auch die Frage nach der Bewertung der einzelnen Posten zu erörtern.[36])

---

[34]) Vgl. Jaeger § 30 Anm. 1 ff. und die dort angegebenen Entscheidungen des Reichsgerichts.

[35]) Behrend S. 944, 945.

[36]) Staub § 63 Anm. 4—5; Parisius-Crüger § 63 Anm. 3; Merzbacher § 63 Anm. 3; Esser S. 105; Jaeger §§ 207, 208 Anm. 8 und die dort angegebene Literatur.

A. Aktiva.

1. Der Umfang der für die Feststellung der Überschuldung in Ansatz zu bringenden Aktiva fällt im wesentlichen zusammen mit dem Umfang der Konkursmasse, über welche im 3. Kapitel Näheres ausgeführt werden soll. Eine Abweichung ergibt sich nur dann, wenn Gegenstände vorhanden sind, welche dem Konkursbeschlage nicht unterliegen; auch diese sind im vorliegenden Falle in Ansatz zu bringen.

2. Die Aktiva sind in folgender Weise zu bewerten:[37])

a) Es ist der gegenwärtige Wert zu Grunde zu legen, d. h. der Wert, der sich für den Zeitpunkt ergibt, für welchen die Frage der Überschuldung aufgeworfen wird. Denn der Begriff der Überschuldung bedeutet ja nichts anderes als das Überwiegen der gegenwärtigen Aktiva über die gegenwärtigen Passiva. Darum bleibt z. B. der Anschaffungspreis außer Betracht.

b) Weiter fragt es sich, welche Art von Wert in Betracht kommt. Auch hier ergibt sich die Antwort aus dem Begriffe der Überschuldung. Es handelt sich um die Frage, ob die Aktiva durch die Passiva gedeckt werden. Davon kann nur dann die Rede sein, wenn die Aktiva ausreichend sind, um damit erforderlichenfalls die Schulden zu bezahlen. Zu diesem Zwecke müßte man die Aktiva in Geld umsetzen. Daraus folgt, daß die Aktiva zu ihrem Veräußerungswerte angesetzt werden müssen. Darum bleibt z. B. der Gebrauchswert außer Betracht. Maßgebend ist der objektive Veräußerungswert, d. h. die Summe, die in Wirklichkeit zu erzielen ist, nicht die Summe, die das Subjekt des Vermögens von seinem Standpunkte aus zu erzielen glaubt. Nur insofern ist das Subjekt von Bedeutung, als es auf die Summe ankommt, welche gerade die bestimmte G. m. b. H. im vorliegenden Falle erzielen wird.[38]) Nicht maßgebend ist die Summe, die im Konkurse erzielt werden würde, sondern diejenige, welche man erlangen würde, wenn man den einzelnen Gegenstand im normalen Geschäftsverkehr veräußern würde.[39])

---

[37]) Vgl. Bett S. 22, 23 und die dort angegebenen Verweisungen auf Simon und Rehm.

[38]) Staub § 40 Anm. 3 und Rehm S. 59 bezeichnen dies als „Geschäftswert", Simon und Bett (S. 22) als „individuellen Wert".

[39]) Goldstein S. 11.

Die im Gesetz vorgeschriebenen Bewertungsgrundsätze für die Aufstellung der Bilanz sind nicht maßgebend.[40]) Denn § 63 GG. normiert die Überschuldung als Konkursgrund, ohne in irgend welcher Weise auf die Bilanz Bezug zu nehmen. Überdies stehen jene Vorschriften unter einem ganz anderen Gesichtspunkt, nämlich unter dem Gesichtspunkt der Gewinnverteilung. Allerdings stimmen jene Bewertungsgrundsätze zum Teil mit den für unseren Fall maßgebenden überein. So die Bestimmungen des § 40 HGB.: „Sämtliche Vermögensgegenstände sind nach dem Werte anzusetzen, der ihnen in dem Zeitpunkt beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet. Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werte einzusetzen, uneinbringliche Forderungen abzuschreiben." Dagegen stimmt von den Vorschriften des § 42 GG. nur der erste Halbsatz der Ziffer 3 mit den für die Überschuldungsfrage maßgebenden Grundsätzen überein.

Unrichtig ist es,[41]) Gegenstände, die zum Geschäftsbetrieb bestimmt sind, nach dem Buchwerte (d. h. nach § 42 Ziff. 1 GG.) anzusetzen, mit der Begründung, die Ansetzung zum Veräußerungswert sei unbillig. Es ist dies kein genügender Grund für die Annahme, daß der Gesetzgeber eine derartige Regelung, welche von den aus dem Begriffe der Überschuldung sich ergebenden Sätzen abweicht, habe vornehmen wollen, zumal dem Interesse der Gesellschafter das Interesse der nur auf das Gesellschaftsvermögen angewiesenen Gesellschaftsgläubiger gegenübersteht.[42])

Auch die tatsächliche Übung in Bezug auf die Bilanzaufstellung ist in unserem Falle nicht zu berücksichtigen, wenn sie vom gegenwärtigen Veräußerungswerte abweicht, so z. B. wenn wertvolle Gegenstände auf 1 Mk. abgeschrieben werden, um einen geringeren verteilungsfähigen Überschuß der Aktiva über die Passiva zu erzielen.[43])

B. Passiva.

1. Nicht die Passiva der Bilanz, wie sie sich nach § 42 Ziff. 4 GG. darstellen, sind hier in Ansatz zu bringen, sondern lediglich die Schulden.

---

[40]) Über den Unterschied zwischen Unterbilanz und Überschuldung vgl. Rehm S. 171—174.

[41]) A. M. Bett S. 22, 23; Lehmann-Ring S. 480.

[42]) Vgl. Jaeger §§ 207, 208 Anm. 3.

[43]) Staub § 63 Anm. 4 und 5.

a) Auszuscheiden ist das Stammkapital. Dasselbe stellt keine Schuld der G. m. b. H. dar. Der einzelne Gesellschafter hat nicht etwa wie ein Darlehensgläubiger eine Forderung an die Gesellschaft in Höhe seiner Stammeinlage. Die Einsetzung des Stammkapitals will vielmehr nur bezwecken, daß ein der Ziffer des Stammkapitals gleichkommender Betrag des Gesellschaftsvermögens von der Gewinnverteilung ausgeschlossen wird.

b) Auszuscheiden sind etwaige auf Grund des Statutes eingeführte Reservefonds. Auch durch diese soll nur ein weiterer Betrag des Gesellschaftsvermögens von der Gewinnverteilung ausgeschlossen werden.

c) Anders liegt die Sache bei den sogenannten unechten Reservekonten,[44]) d. h.: Passivposten, welche als Abschreibungen gegen zu hohe Bewertung der Aktiva zu betrachten sind. Diese Konten sind bei der Feststellung der Überschuldung insofern zu berücksichtigen, als der Wert der Aktiva, wie er in der Bilanz erscheint, um den Betrag dieser Gegenposten zu kürzen ist. Möglich ist jedoch, daß diese Gegenposten in der Bilanz zu hoch angesetzt sind, sodaß sie zum Teil einen echten Reservefonds bilden. Dieser ist dann auszuscheiden. Beispiele unechter Reservekonten sind: 1. der Erneuerungsfonds; derselbe bringt die Abnutzung der Gegenstände, welche zu ihrem ursprünglichen Werte in die Aktiva eingesetzt sind, zum Ausdruck. 2. Der Delkrederefonds; durch diesen sollen Forderungen, welche unter die Aktiva voll eingesetzt, in Wahrheit aber zweifelhaft sind, auf ihren wahren Wert zurückgeführt werden. 3. die Effektenreserve; wenn Wertpapiere eine Wertminderung erfahren, gleichwohl aber unter die Aktiva zum vollen Werte eingesetzt sind, so bringt die Effektenreserve diese Wertminderung zum Ausdruck.

d) Zuweilen erscheinen unter dem Namen „Reservefonds" auch wirkliche Schulden; diese sind dann zu berücksichtigen; z. B. der Garantiefonds; derselbe enthält eine mutmaßliche Schätzung der der G. m. b. H. erwachsenen Garantieverbindlichkeiten, deren Geltendmachung zu erwarten steht. Ferner die Schadenreserven bei Versicherungsgesellschaften, enthaltend die bereits entstandenen, aber noch nicht regulierten Schäden. Auch die Prämienreserve gehört hierher; der Hauptfall, die Prämienreserve der Lebensversicherung, kommt jedoch für uns nicht in

---

[44]) Staub § 42 Anm. 50; Rehm S. 555ff.

Betracht, da Lebensversicherungen nicht in der Form der G. m. b. H. betrieben werden können.[45])

e) Sind Nachschüsse beschlossen, so erscheinen dieselben in der Bilanz sowohl auf der Seite der Aktiva als auch auf der Seite der Passiva (§ 42 Ziff. 3 GG.); soweit sie eingezahlt sind, erscheinen sie lediglich auf der Seite der Passiva (§ 42 Ziff. 4 GG.). Aber auch hier besteht nicht etwa eine Schuld der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern, sondern es sollen nur die im Wege der Nachschüsse der G. m. b. H. zugeführten Werte von der Gewinnverteilung ausgeschlossen werden. Darum dürfen Nachschüsse bei Feststellung der Überschuldung nicht auf der Passivseite in Ansatz gebracht werden.

f) Dagegen sind festgestellte Dividendenansprüche, wie im 2. Kapitel noch ausgeführt werden soll, wirkliche Schulden der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern, sonach in unserem Falle zu berücksichtigen.

2. Maßgebend für die Bewertung der Passiva sind nach dem Begriffe der Überschuldung die Geldsummen, welche zur Tilgung der Schulden zu der Zeit der Feststellung der Überschuldung erforderlich sind. Dieser Grundsatz stimmt mit der für die Bilanz gegebenen Vorschrift des § 40 II HGB. überein: „Schulden sind nach dem Werte anzusetzen, welcher ihnen in dem Zeitpunkt beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet.“ Der für den Konkurs der Aktiengesellschaft in der Literatur[46]) hervorgehobene Fall der Hypothekenpfandbriefe kommt hier nicht in Betracht, weil Hypothekenbanken nicht in der Form der G. m. b. H. betrieben werden dürfen.

§ 4.

Konkursveranlassung.[47])

Neben der materiellen Voraussetzung, dem Konkursgrund, bedarf jedes Konkursverfahren noch einer formellen Voraussetzung, einer Konkursveranlassung. Konkursveranlassnng ist ein gehöriger Antrag auf Konkurseröffnung (§§ 103 bis 105 KO.). Im Regelfalle gibt es keine Antragspflicht, sondern nur ein Antragsrecht und zwar steht

---

[45]) Näheres Goldstein S. 12; Bett S. 24; Cosack S. 728 u. a.; a. M. Rehm § 149.

[46]) Goldstein S. 12.

[47]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Jaeger §§ 207, 208 Anm. 1 bis 7; Goldstein § 3; Bett § 7.

dasselbe dem Gemeinschuldner und jedem Konkursgläubiger zu (§ 103 II KO.). Im Konkurse der G. m. b. H. dagegen gibt es eine Antragspflicht, und auch das Antragsrecht auf seiten des Gemeinschuldners unterliegt einer besonderen Regelung.

Eine Konkurseröffnung von Amts wegen findet nicht statt, ebensowenig ein Antragsrecht der Aufsichtsbehörde, wie dies bei der Versicherungsgesellschaft auf Aktien der Fall ist (§ 68 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901).

I. Antragsrecht.

A. Antragsberechtigt ist in erster Linie jeder künftige Konkursgläubiger (§ 63 II GG. mit § 208 I KO.). Der Gläubiger hat seine Forderung und einen der beiden Konkursgründe glaubhaft zu machen (§ 105 KO.).[48] Auch ein Gesellschafter kann als (künftiger) Konkursgläubiger den Antrag stellen; der Gesellschafter kann unabhängig von seiner Mitgliedschaft Forderungen an die Gesellschaft erlangt haben, er kann aber auch — wie im 2. Kapitel noch näher erörtert werden soll — auf Grund seiner Mitgliedschaft forderungsberechtigt sein und auch im letztern Falle ist er zur Stellung des Konkursantrags berechtigt.

B. Antragsberechtigt ist im Regelfalle in zweiter Linie der Gemeinschuldner. In unserm Falle könnte sonach die G. m. b. H. durch ihre Vertreter (Geschäftsführer, Liquidatoren) den Antrag stellen und es müßten dabei so viele Vertreter mitwirken, als nach dem Inhalt des Statuts zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind; im Zweifel könnten die Vertreter nur in ihrer Gesamtheit den Antrag stellen (§ 35 II GG.). Von dieser Regelung ist jedoch das Gesetz abgewichen. Nach § 63 II GG. mit § 208 I KO. ist jeder einzelne Geschäftsführer und jeder einzelne Liquidator zur Stellung des Antrages berechtigt. Der Grund für diese Abweichung ist einleuchtend: Wenn jedem einzelnen Geschäftsführer und Liquidator — wie unten noch auszuführen ist — unter zivilrechtlicher und strafrechtlicher Haftung die Verpflichtung auferlegt wird, gegebenenfalls den Konkurs zu beantragen, so muß natürlich auch jedem das Antragsrecht gegeben werden. Außerdem rechtfertigt sich diese besondere Regelung aus der Erwägung, daß der Konkursantrag, welcher ja die Auflösung der G. m. b. H. herbeiführt, keine Rechtshandlung ist, welche die Geschäftsführung der be-

[48]) Vgl. die Ausführungen bei Bett S. 25, 26.

stehenden Gesellschaft betrifft oder bei schwebender Liquidation ein einzelnes Liquidationsgeschäft zum Gegenstande hat.[49])

§ 208 I KO. zählt die zum Konkursantrag berechtigten Personen erschöpfend auf. Sonach steht das Antragsrecht nicht zu:

1. Dem einzelnen Gesellschafter (natürlich abgesehen von dem Fall, daß er zugleich Konkursgläubiger ist).

2. Dem Aufsichtsrat, falls ein solcher besteht.[50]) Es ist auch irrig, anzunehmen, daß das Statut dem Aufsichtsrat das Recht verleihen könne, den Konkursantrag zu stellen.[51]) Das Statut kann die vorliegende gesetzliche Bestimmung nicht abändern, da ihm das Gesetz keinen diesbezüglichen Vorbehalt macht. Dagegen ist der Aufsichtsrat berechtigt, im Rahmen seiner überwachenden Tätigkeit, wenn es im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist, die Stellung des Konkursantrags durch die Geschäftsführer anzuregen und, falls diese sich weigern, eine Gesellschafterversammlung zu berufen (§ 52 GG. mit §§ 246 I und II HGB.).

3. Der Gesellschafterversammlung. Dieselbe kann nur die Geschäftsführer bezw. Liquidatoren anweisen, den Konkursantrag zu stellen und im Weigerungsfalle die betreffenden Organe absetzen (§§ 38, 46, 69 GG.).[52])

4. Dem Prokuristen. Der Konkursantrag ist keine Rechtshandlung, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, und selbst wenn dem so wäre, würde die allgemeine Bestimmung des § 49 HGB. keine Anwendung finden gegenüber der Spezialbestimmung des § 208 KO., welche eine erschöpfende Aufzählung bietet.[53])

II. Antragspflicht.

Abweichend vom Regelfalle besteht für die G. m. b. H. die Vorschrift, daß Geschäftsführer und Liquidatoren unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet sind, den Antrag auf Konkurseröffnung zu stellen. Diese Bestimmung ist zunächst im Interesse der Gesellschafter ge-

---

[49]) Mat. z. KO. S. 391 (Motive zur KO. S. 442, 443).

[50]) RGE. Bd. 36, S. 30.

[51]) Gleicher Ansicht Parisius-Crüger S. 264; a. M. Liebmann S. 166.

[52]) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 4, RGE. Bd. 36 S. 30, Neukamp S. 193, Liebmann S. 166, vgl. auch Staub § 46 Anm. 1; a. M. Völderndorff Bd. 2 S. 674.

[53]) A. M. Wolff S. 426.

troffen: Wird trotz vorliegender Zahlungsunfähigkeit weiter gewirtschaftet, so kann es zur Überschuldung kommen, die Gesellschafter verlieren dann das Vermögen, das sie vielleicht noch aus dem Geschäft hätten herausziehen können. Liegt Überschuldung vor, so haben die Gesellschafter, wie bereits im vorigen Paragraphen ausgeführt wurde, ebenfalls ein Interesse daran, daß es den Geschäftsführern nicht erlaubt wird, weiter zu wirtschaften. Was die Gesellschaftsgläubiger anlangt, so können sich diese zunächst durch ihr Antragsrecht vor weiterem Schaden bewahren. Immerhin kommt auch den Gesellschaftsgläubigern die Antragspflicht der Geschäftsführer und Liquidatoren zu statten, da sie von dem Eintreten des Konkursgrundes zumeist nicht sobald Kenntnis erlangen als die mit der Geschäftsführung betrauten Personen. Es ist dieser Vorteil, den die Gesellschaftsgläubiger vor den Gläubigern des Einzelschuldners voraus haben, vor allem durch den Umstand gerechtfertigt, daß die Gesellschaftsgläubiger keine Hoffnung haben, in der Zukunft Befriedigung für den erlittenen weiteren Schaden zu erlangen.

1. Subjekt der Antragspflicht.

a) In erster Linie sind die Geschäftsführer verpflichtet, § 64 I GG. Da diesen die Geschäftsbesorgung obliegt, so erkennen sie auch am ehesten das Eintreten eines Konkursgrundes. Verpflichtet sind auch die Geschäftsführer einer nach § 75 GG. nichtigen G. m. b. H., wenn die Nichtigkeit noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist.

b) Befindet sich die G. m. b. H. bei Eintritt eines Konkursgrundes in Liquidation, so obliegt die Pflicht, den Konkursantrag zu stellen, den Liquidatoren, § 71 I GG. Verpflichtet sind also entweder die Geschäftsführer, insofern diese die Liquidation durchführen, oder die neu bestellten Liquidatoren. Da die Rechtsstellung der Geschäftsführer endigt, sobald eigene Liquidatoren aufgestellt werden, versteht es sich von selbst, daß die Antragspflicht mit ihren zivilrechtlichen und strafrechtlichen Folgen alternativ entweder die Geschäftsführer oder die Liquidatoren trifft.[54]) Davon ist aber eine Ausnahme denkbar (vgl. sub d). — Gleiches gilt, wenn die G. m. b. H. nichtig und die Nichtigkeit in das Handelsregister eingetragen ist (§ 77 GG.).

---

[54]) Vgl. Rosenthal S. 56, RG. in JW. 1894 S. 112 Nr. 10.

c) Die Verpflichtung obliegt jedem einzelnen Geschäftsführer bezw. Liquidator. Das Gesetz gibt keinen Anhalt dafür, daß der einzelne von der Pflicht befreit sein solle, wenn die übrigen sich weigern mitzuwirken. Die Mitwirkung der übrigen ist ja auch dadurch überflüssig gemacht, daß jedem einzelnen durch § 63 II auch das Recht zur Antragstellung gegeben ist. Die Normierung der Antragspflicht würde an Wirksamkeit viel verlieren, wenn nicht jedem Einzelnen die Verantwortlichkeit aufgebürdet wäre.

d) Legt ein Geschäftsführer oder Liquidator sein Amt nieder, so bleibt er, wenn der Konkursgrund bereits vor der Niederlegung des Amtes eingetreten ist, für die Unterlassung des Antrages haftbar.[55]) Ebenso bleiben die Geschäftsführer neben den Liquidatoren haftbar, wenn nach Eintreten eines Konkursgrundes die Liquidation eröffnet wird und eigene Liquidatoren bestellt werden.

e) Andere Gesellschaftsorgane haben wie kein Antragsrecht, so auch keine Antragspflicht. Nur trifft den Aufsichtsrat die Pflicht, im Rahmen seiner überwachenden Tätigkeit dafür zu sorgen, daß der Konkursantrag gestellt wird. Mitglieder des Aufsichtsrats, welche diese Pflicht verletzen, haften der Gesellschaft mit den Geschäftsführern bezw. Liquidatoren als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden (§ 52 GG. mit § 249 I HGB.). Doch kann das Statut den Aufsichtsrat von diesen Verbindlichkeiten befreien (§ 52 I GG.). In keinem Falle trifft die Aufsichtsratmitglieder eine Strafe für die begangene Pflichtverletzung.

2. Voraussetzungen der Antragspflicht.

Es gibt zwei Voraussetzungen der Antragspflicht, von denen jede einzelne für sich die Verpflichtung begründet.

a) Die Pflicht besteht, sobald Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt, § 64 I GG. Staub glaubt den Wortlaut dieser Gesetzesvorschrift einschränkend interpretieren zu müssen.[56]) Dieselbe müsse dahin ausgelegt werden, daß nicht sofort in dem Momente, in welchem sich die Geschäftsführer von der Zahlungsunfähigkeit überzeugen, Konkurs beantragt werden müsse. Eine mäßige Spanne Zeit könne

[55]) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 6.

[56]) Staub § 64 Anm. 3; vgl. dazu RGS. Bd. 37 S. 26: Sind die Mittel und der Kredit der Gesellschaft erschöpft, so gibt es keine „Deliberationsfrist“.

vorübergehen, wenn dieselbe dazu benützt werde, um durch Geldbeschaffung oder Stundung den Zustand zu beseitigen, sofern die schwebenden Verhandlungen nicht aussichtlos seien. Solange die naheliegende Möglichkeit der Beschaffung neuer Mittel oder der Stundung bestehe, brauche der Konkurs nicht beantragt zu werden. — In Wahrheit liegt, falls diese Möglichkeit besteht, Zahlungsunfähigkeit gar nicht vor. Denn zum Begriffe der Zahlungsunfähigkeit gehört, wie im vorigen Paragraphen ausgeführt wurde, auch das Merkmal, daß sie auf einem voraussichtlich andauerden Mangel an Zahlungsmitteln beruht. Im Ergebnis befinden sich daher die Ausführungen Staubs nicht nur mit dem Geiste, sondern auch mit dem Wortlaut des Gesetzes ohne weiteres im Einklang.

b) Die Pflicht besteht, sobald sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz Überschuldung ergibt (§ 64 I GG.).

α) Während die Berechtigung zum Konkursantrag einfach an die Tatsache der Überschuldung geknüpft ist, ist die Verpflichtung an die weitere Voraussetzung gebunden, daß sich die Überschuldung aus einer Bilanz ergibt. Dieser Unterschied wird von der Denkschrift zum HGB. und in der Literatur ausdrücklich hervorgehoben.[57]) Staub[58]) dagegen nimmt an, daß der Unterschied nur ein scheinbarer sei, da die Überschuldung nur aus einer Bilanz erkannt werden könne; Bilanz sei ja nichts anderes als eine Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva und ohne solche Gegenüberstellung könne Überschuldung nicht erkannt werden. Auch wenn der Geschäftsführer diese Gegenüberstellung nur im Kopfe mache, sei die Bilanz aufgestellt. Richtig ist allerdings, daß unter Bilanz im Sinne des § 64 GG. nicht ausschließlich eine ganz genau und korrekt nach den Vorschriften des § 42 GG. aufgestellte Bilanz gemeint ist, sondern einfach der im Handelsverkehr geltende Begriff einer gedrängten, ziffernmäßigen, saldierten Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva. Dagegen ist nach der Fassung des § 64 GG. doch wohl anzunehmen, daß es nicht genügt, daß diese Bilanz subjektiv, in der Gedankenwelt eines Menschen existiert, sie muß vielmehr eine objektive, vom denkenden Subjekt unabhängige Existenz

[57]) Mat. z. HGB. S. 68; Parisius-Crüger S. 265; Foertsch S. 164; Liebmann S. 166, 167; Lehmann-Ring S. 480.

[58]) Staub § 64 Anm. 4.

in der Welt der Erscheinungen haben, sodaß auch andere als derjenige, welcher die Bilanz aufgestellt hat, von ihr Kenntnis nehmen können. Es genügt also nicht, daß jemand eine Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva in seinem Kopfe macht, es genügt auch nicht, daß er sich zu diesem Zwecke Notizen macht, welche von anderen nicht als Bilanz erkannt werden, es muß vielmehr ein Schriftstück vorliegen, welches sich für Personen, die mit den Verhältnissen vertraut sind, als Bilanz der Gesellschaft darstellt. — Dagegen ist Staub zuzugeben, daß es gleichgültig ist, von wem die Bilanz aufgestellt ist, ob vom Geschäftsführer selbst oder von anderen Personen, z. B. einem Prokuristen, einem Aufsichtsratsmitglied. — Erlangt nun ein Geschäftsführer in anderer Weise als durch eine Bilanz Kenntnis von der Überschuldung, z. B. die Gesellschaft erleidet durch irgend ein plötzlich eintretendes Ereignis einen so großen Verlust, daß der Geschäftsführer mit Sicherheit Überschuldung annehmen muß, so kann der Geschäftsführer aus anderem Grunde zum Konkursantrag verpflichtet sein: es kann sich dies aus der Pflicht zur Geschäftsbesorgung unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ergeben. Aus dem gleichen Grunde kann ein Geschäftsführer, der zwar keine bestimmte Kenntnis von der Überschuldung, aber doch gewisse Anhaltspunkte dafür hat, daß eine solche vorliegt, verpflichtet sein, sich durch Ziehung einer Bilanz davon zu überzeugen. In diesen Fällen besteht Schadensersatzpflicht nach § 43 II GG., dagegen keine strafrechtliche Haftung. Nur insoweit kann der Geschäftsführer strafbar sein, als er es unterlassen hat, die gesetzlich vorgeschriebene Bilanz zu ziehen. (§ 83 GG. mit § 240 Ziff. 4 KO.)

β) Wenn das Gesetz sagt, daß die „Überschuldung sich aus der Bilanz ergibt“, so ist dem gegenüber hervorzuheben, daß die Überschuldung sich aus einer gemäß § 42 GG. aufgestellten Bilanz ohne weiteres gar nicht ergibt;[59]) dagegen spricht der Begriff der Überschuldung. Der Geschäftsführer hat vielmehr alle Momente zu berücksichtigen, welche zur Bilanz hinzugenommen werden müssen, um festzustellen, ob wirklich Überschuldung vorliegt (vgl. den vorigen Paragraphen unter IV). Der Geschäftsführer ist nicht entschuldigt durch Fehler in der Bilanz; ebensowenig kann er sich darauf berufen, daß

[59]) Rehm S. 17.

die Bilanz, an welche er sich gehalten habe, korrekt sei, wenn er die sonstigen Momente unberücksichtigt läßt. Für das Aktienrecht ist dies durch die Fassung „bei Aufstellung der Bilanz" (§ 240 des neuen HGB.) statt „aus der Bilanz" (Art. 240 des alten HGB., § 64 GG.) klargestellt und in der Denkschrift ausdrücklich hervorgehoben.[60]) Das Gleiche muß auch in unserm Falle angenommen werden; bei der Neuredaktion des Gesetzes im Jahre 1898 ist offenbar nur aus Versehen die undeutlichere Fassung stehen geblieben.[61]) Neukamp[62]) will wenigstens die Bewertungsvorschriften des § 42 GG. für die Antragspflicht maßgebend sein lassen und begründet diese Inkonsequenz damit, daß dadurch eine willkürliche Wertbemessung ausgeschlossen werden solle. Dem gegenüber ist aber zu betonen, daß Einstellung zum wahren Werte auch keine willkürliche Wertbemessung ist.[63])

γ) Im Zusammenhang mit der Verpflichtung zum Konkursantrag bestimmt § 240 HGB. für das Aktienrecht eine Anzeigepflicht des Vorstands, wenn die Hälfte des Grundkapitals verloren ist. Den Geschäftsführern der G. m. b. H. ist eine entsprechende Verpflichtung nicht auferlegt.

c) Liegt eine der unter a) und b) angegebenen Voraussetzungen vor, so muß der Konkurs auch dann beantragt werden, wenn eine die Kosten des Verfahrens deckende Masse voraussichtlich nicht vorhanden ist. Dem Ermessen des Gerichts bleibt es dann überlassen, ob es den Antrag abweisen will.[64])

3. Folgen der Verletzung der Antragspflicht.

A. Zivilrechtliche Folgen. Nach § 64 II GG. sind die Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz aller Zahlungen verpflichtet, welche nach dem Zeitpunkt geleistet werden, in dem die Voraussetzung der Antragspflicht eingetreten ist.

a) Die Verpflichtung besteht nur, wenn die Geschäftsführer die Stellung des Antrags schuldhafter Weise unterlassen haben.[65]) Dies

---

[60]) Mat. z. HGB. S. 68.
[61]) Staub § 64 Anm. 5; Liebmann S. 166.
[62]) Neukamp S. 195.
[63]) Parisius-Crüger S. 265.
[64]) Jaeger § 103 Anm. 5.
[65]) Staub § 64 Anm. 6.

ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, doch ist anzunehmen, daß das Gesetz entsprechend der allgemeinen Regel bei Pflichtverletzungen das Moment der Schuld als selbstverständlich voraussetzt. Darauf deutet auch die Fassung des entsprechenden § 241 HGB., wonach die Ersatzpflicht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft nur eintritt, wenn derselbe die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes außer Acht gelassen hat. — Die Schuld kann Vorsatz oder Fahrlässigkeit sein. Vorsatz liegt vor, wenn der Geschäftsführer die Zahlungsunfähigkeit oder das Vorliegen einer Bilanz, aus welcher sich Überschuldung ergibt, kennt, und der Antrag mit seinem Willen unterbleibt; dagegen entfällt der Vorsatz, wenn der Geschäftsführer durch zwingende Umstände verhindert ist, den Antrag zu stellen, es sei denn, daß er diese Umstände vorsätzlich herbeigeführt hat. Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Geschäftsführer die Zahlungsunfähigkeit oder das Vorliegen einer Bilanz, aus der sich Überschuldung ergibt, nicht kennt, obschon er dieselbe bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen müßte. Fahrlässigkeit liegt auch dann vor, wenn der Geschäftsführer zwar den Antrag stellen will, aber durch von ihm selbst fahrlässigerweise herbeigeführte Umstände an der Stellung des Antrags verhindert ist. Dagegen ist es für das Moment der Schuld und der Haftbarkeit des Geschäftsführers gleichgültig, ob der Geschäftsführer die Zahlungen selbst geleistet hat oder ein anderer.[66]) — Immerhin ist der Umstand, daß das Moment der Schuld nicht in den Wortlaut des § 64 GG. aufgenommen wurde, bedeutsam für die Beweislast. Der Kläger braucht nur zu beweisen, daß Zahlungen erfolgt sind nach Eintritt der genannten Voraussetzungen; der Beklagte muß seine Unschuld beweisen.[67]) Dabei genügt aber nicht, wie Parisius und Crüger meinen, der Nachweis, daß der Beklagte trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt die Zahlung nicht habe verhindern können; das verlangt man von ihm ja gar nicht; man verlangt von ihm nur, daß er den Konkursantrag zur rechten Zeit stellt, und das hätte er ja tun können. Nur wenn der Beklagte unverzüglich zur Stellung des Konkursantrags geschritten ist, und gleichwohl noch Zahlungen geleistet wurden, ehe der Antrag gestellt war, und ohne daß der Geschäftsführer es hindern konnte, wird demselben eine Schuld nicht beigemessen werden können.

[66]) A. M. Neukamp S. 197.

[67]) Parisius-Crüger S. 267.

b) Die den pflichtvergessenen Geschäftsführer treffende Ersatzpflicht geht über den Rahmen der gewöhnlichen Schadensersatzpflicht hinaus. Der Geschäftsführer muß jede erfolgte Zahlung erstatten, auch wenn die Gesellschaft dadurch gar keine Änderung ihrer rechtlichen Vermögenslage erfahren hat, wenn sie z. B. durch die Zahlung von einer Schuld befreit worden ist. Hier zeigt sich, daß die Antragspflicht auch im Interesse der Gläubiger normiert ist.[68]) Es soll nicht ein Gläubiger auf Kosten der übrigen befriedigt werden. Man könnte dagegen einwenden, daß die Gläubiger bereits durch das Anfechtungsrecht geschützt seien (§ 30 Ziff. 1 KO.). Allein dieser Weg ist umständlicher und schwieriger; denn er erfordert den Nachweis, daß dem Empfänger der Zahlungen die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war. Die Gläubiger sind also in unserem Falle besser gestellt als im Regelfalle; der Grund hierfür ist wiederum darin zu finden, daß im Regelfalle der Gemeinschuldner den ausgefallenen Gläubigern auch in der Zukunft haftet, während die G. m. b. H. normalerweise den Konkurs nicht überdauert. Die Erstattungspflicht gilt nur für Zahlungen, welche in dem Stadium zwischen Eintritt der sub 2 angegebenen Voraussetzungen und der Konkurseröffnung geleistet werden. Zahlungen, welche nach Konkurseröffnung aus dem zur Masse gehörigen Vermögen von einer anderen Person als vom Konkursverwalter geleistet werden, sind nach § 7 KO. unwirksam.

c) Wenngleich die Fassung des § 64 GG. durch das Interesse der Gläubiger mitbestimmt ist, so steht ihnen doch (anders als im Aktienrecht § 241 III HGB.) kein direktes Recht auf Ersatz der Zahlungen zu. Der Ersatzanspruch ist ein Recht der Gesellschaft (§ 64 II GG.), das vom Konkursverwalter ausgeübt wird (§ 6 KO.). Es genügt, daß der Ersatz zum gemeinsamen Nutzen aller Gläubiger an die Gesellschaft oder Konkursmasse geleistet wird.[69]) Die Abweichung vom Aktienrecht entspricht dem allgemeinen Prinzip, wonach die Vorschriften zum Schutze des Publikums gegen Übervorteilung bei der Aktiengesellschaft schärfer sind als bei der G. m. b. H.

d) Weitere Vorschriften dienen dazu, das Interesse der Gläubiger zu sichern: Verzichtleistungen und Vergleiche über die in Frage stehenden Ersatzansprüche sind unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der

[68]) Staub § 64 Anm. 7.

[69]) Motive S. 3756.

Gläubiger erforderlich ist (§ 64 II mit § 43 III Satz 2 und § 9 II GG.). Wirksam ist nur der Vergleich, welchen der Ersatzpflichtige zur Abwendung eines ihm drohenden oder zur Beseitigung eines über ihn eröffneten Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern abschließt. — Ebenso wird die Erstattungspflicht nicht dadurch aufgehoben, daß die Geschäftsführer in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben (§§ 64 II, 43 III Satz 3 GG.).

e) Insoweit weder die Gesellschaft noch die Gläubiger der Gesellschaft durch die Zahlung einen Schaden erlitten haben, ist der Geschäftsführer zur Erstattung nicht verpflichtet[70]). Der Wortlaut des Gesetzes ist in diesem Sinne einschränkend auszulegen. Wollte man das Gegenteil annehmen, so würde das eine Art Strafe darstellen. Daß das Gesetz dies nicht beabsichtigt, ergibt sich einmal aus dem Ausdruck „Ersatz", sodann daraus, daß in § 84 bereits eine Strafe festgelegt ist. Für diese Auslegung spricht auch der analoge § 241 III HGB., woselbst der in Frage stehende Anspruch durch das Wort „insbesondere" unter den allgemeinen Schadensersatzanspruch des § 241 II subsumiert wird.

f) Aus dem Umstand, daß in § 64 II zwar § 43 III und IV, nicht aber § 43 II für anwendbar erklärt ist, möchte man schließen, daß die Geschäftsführer für die Erstattung der Zahlung nicht solidarisch, sondern nur pro parte haften. Zu dem gleichen Ergebnis führt folgende Erwägung: die Erstattung von Zahlungen ist an sich eine teilbare Leistung; da nun der Wortlaut des § 64 zweifelhaft läßt, ob Teilhaftung oder solidarische Haftung gemeint ist, so greift § 420 BGB. ein, welcher bei einer teilbaren Leistung im Zweifel Teilhaftung normiert. — Trotzdem ist anzunehmen, daß die Geschäftsführer solidarisch haften. Das Gesetz wollte in Wirklichkeit gar keinen Zweifel lassen, und der Umstand, daß die Anwendung des § 43 II nicht ausdrücklich verfügt ist, erklärt sich daraus, daß die Gesamthaftung vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzt wurde. Daß dem so ist, ergibt sich einmal aus dem Zweck der Vorschrift, welcher bei Teilhaftung nur unvollkommen erreicht würde, sodann wiederum aus dem analogen § 241 III mit 241 II HGB.

g) Die Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen die säumigen Geschäftsführer verjähren in 5 Jahren, §§ 64 II, 43 IV GG. Die

[70]) Staub § 64 Anm. 7.

Verjährung beginnt mit der ordnungswidrigen Zahlung, nicht erst dann, wenn die Gesellschafter Kenntnis davon erlangen (§ 198 BGB.). Auch im übrigen sind die Vorschriften des BGB. über die Verjährung maßgebend. Nur die Vorschrift, wonach Abkürzung oder Erleichterung der Verjährung durch Rechtsgeschäft statthaft sei (§ 225 BGB.) ist auf unseren Fall nicht anwendbar, da die Vorschrift auch im Interesse der Gläubiger getroffen ist und der Gesetzgeber der Vorschrift aus diesem Grunde zweifellos zwingende Kraft beilegen wollte.[71])

h) Insoweit die Gesellschaft infolge der Unterlassung des Konkursantrags in andrer Weise als durch erfolgte Zahlungen geschädigt worden ist und insoweit sie durch erfolgte Zahlungen einen weiteren Schaden erlitten hat, der durch Ersatz der Zahlungen noch nicht völlig gedeckt ist, sind ihr die Geschäftsführer zur Erstattung des Schadens verpflichtet, wenn sie den Konkursantrag unter Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes unterlassen haben (§§ 64, 43 GG.).[72]) Die gegenteilige Ansicht, welche übrigens keine Stütze im Wortlaute des Gesetzes hat, ist schon aus dem Grunde unwahrscheinlich, weil es unbillig wäre, die Geschäftsführer von der Erstattung eines durch ihr pflichtwidriges Verhalten verursachten Schadens zu befreien. Auch für diesen Anspruch sind die Vorschriften des § 43 II—IV GG. zu beachten.

i) Endlich fragt es sich noch, ob nicht eine Schadensersatzpflicht der Geschäftsführer aus § 823 II BGB. in Betracht kommt. Allerdings dient die Antragspflicht dem Schutze der Interessen sowohl der Gesellschafter als auch der Gesellschaftsgläubiger. Es ist jedoch zu bezweifeln, ob § 64 GG. ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB. ist, zumal der Schutz der genannten Personen nur das Motiv ist, welches den Gesetzgeber zu der Vorschrift bestimmt hat, nicht aber zum Bestandteil der Vorschrift selbst gemacht ist. Auf alle Fälle aber ist § 64 mit § 43 GG. als lex specialis anzusehen, welche die Schadensersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft unter Ausschließung einer besonderen Schadensersatzpflicht gegenüber den Gesellschaftern regelt und welche mit Absicht einen direkten Schadensersatzanspruch der Gläubiger ausschließt, da für deren Interesse auf andere Weise gesorgt ist.

B. Strafrechtliche Folgen. Die Verletzung der Antragspflicht ist strafbar gemäß § 84 GG.

[71]) Staub § 43 Anm. 21.
[72]) A. M. Goldstein S. 14.

a) Strafbar sind die einzelnen Geschäftsführer oder Liquidatoren und nur diese.

b) Zum objektiven Tatbestand gehört Unterlassung des Konkursantrags, nachdem Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist oder eine Bilanz vorliegt, aus der sich die Überschuldung ergibt. Es handelt sich um ein reines Omissivdelikt, Verletzung eines Gebotes durch Unterlassung. Die Unterlassung ist dann gegeben, wenn nicht unverzüglich nach Eintreten der Voraussetzungen der Antrag gestellt wird. Nachträgliche Antragstellung kann das Delikt nicht abwenden, sondern höchstens beim Strafausmaß berücksichtigt werden.[73]) Nicht notwendig gehört zum Tatbestand, daß durch das Unterbleiben des Konkursantrags ein Schaden angerichtet wurde. Es wird dies aber beim Strafausmaß zu berücksichtigen sein.

c) Was die subjektive Seite des Deliktes anlangt, so wird demjenigen Straflosigkeit zugesichert, bezüglich dessen festgestellt wird, daß der Antrag ohne sein Verschulden unterblieben ist. Das soll nicht heißen, daß der Angeklagte seine Unschuld nachweisen müsse, und daß der Richter ihn zu verurteilen habe, wenn er diesen Nachweis nicht führt. Der Richter hat vielmehr zu ermitteln, ob ein Verschulden vorliegt. Stellt der Richter fest, daß der Antrag ohne Verschulden des Angeklagten unterblieben ist, so hat Freisprechung zu erfolgen; kann dagegen der Richter nicht feststellen, daß der Angeklagte schuldlos ist, dann hat er ihn zu verurteilen, auch wenn dem Angeklagten eine Schuld nicht nachgewiesen ist.[74]) Der Angeklagte hat also immerhin ein sehr erhebliches Interesse daran, seine Schuldlosigkeit nachzuweisen. Die Frage, wann Verschulden vorliegt, beantwortet sich ebenso wie sub A. Unkenntnis des Strafgesetzes schließt das Verschulden nicht aus; denn wer die Stellung eines Geschäftsführers einer G. m. b. H. übernimmt, übernimmt damit zugleich auch die Verpflichtung, sich um die bezüglichen Gesetzesbestimmungen zu bekümmern. Unterläßt er dies, so ist seine Rechtsunkenntnis selbst eine fahrlässig verschuldete.[75])

---

[73]) Foertsch S. 207.

[74]) Motive S. 3760; Staub § 84 Anm. 3; Parisius-Crüger S. 308; Foertsch S. 208; Liebmann S. 207, 208.

[75]) RGS. Bd. 5 S. 163.

d) Das Delikt ist ein Vergehen (§ 1 II StGB.). Als Strafe ist angesetzt: 1 Tag bis 3 Monate Gefängnis und zugleich Geldstrafe von 3 Mk. bis 1000 Mk. (§§ 16, 27 StGB.). Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt ausschließlich die Geldstrafe ein. Im Aktienrecht (§ 315 HGB.) ist der Strafrahmen insofern weiter, als Geldstrafe bis 5000 Mk. verhängt werden kann. Dies erklärt sich wiederum aus dem allgemeinen Prinzip, wonach die Vorschriften zum Schutze des Publikums gegen Übervorteilung bei der Aktiengesellschaft schärfer sind als bei der G. m. b. H.

e) Zuständig zur Aburteilung ist die Strafkammer (§ 73 Ziff. 1 GVG.). Dieselbe kann jedoch auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Verhandlung und Entscheidung dem Schöffengerichte überweisen, wenn nach den Umständen des Falles anzunehmen ist, daß wegen des Vergehens auf keine andere und höhere Strafe als auf 3 Monate Gefängnis und 600 Mk. Geldstrafe zu erkennen sein wird (§ 75 GVG.). Anders im Aktienrecht; dort muß die Strafkammer selbst verhandeln und entscheiden.

§ 5.

Die Eröffnung des Verfahrens.[76])

I. Das Konkursgericht prüft nach Einlauf des Antrags seine Zuständigkeit und das Vorhandensein eines der beiden Konkursgründe. Hat der Antragsteller nur einen Konkursgrund geltend gemacht und findet das Gericht, daß zwar nicht dieser, wohl aber der andere zutrifft, so muß es das Verfahren eröffnen.[77]) Fehlt es an beiden Voraussetzungen, so ist der Antrag abzuweisen. Ist die Masse unzulänglich, so kann der Antrag abgewiesen werden (§ 107 I KO.; anders im Rechte der Genossenschaft, § 100 GenG.); ergibt die gerichtliche Schätzung ganz zweifellos die Unzulänglichkeit, so ist es Amtspflicht des Gerichts, von dieser gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch zu machen.[78])

Geht der Antrag von seiten der Gemeinschuldnerin aus, so ist zu unterscheiden:

[76]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Goldstein § 3 III.
[77]) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 3.
[78]) Jaeger § 107 Anm. 1; Kohler S. 509 ff.

1. Stellen alle Geschäftsführer, bezw. Liquidatoren den Antrag, dann bedarf es nur der Einreichung einer Vermögensübersicht und eines Verzeichnisses der Gläubiger und Schuldner (§ 104 KO.).

2. Stellen nicht alle Geschäftsführer, bezw. Liquidatoren den Antrag, so wird, selbst wenn die Vertreter in der verfassungsmäßigen Zahl gehandelt haben, außerdem noch weiter vorausgesetzt:

a) Es muß einer der beiden Konkursgründe glaubhaft gemacht werden; Überschuldung kann durch Vorlage einer Bilanz glaubhaft gemacht werden.[79])

b) Das Gericht muß diejenigen Geschäftsführer und Liquidatoren, welche sich nicht an der Stellung des Antrags beteiligt haben, hören, es sei denn, daß dies eine Zustellung im Ausland oder eine öffentliche Zustellung erfordert. Bestreiten die auf diese Weise gehörten Personen den angegebenen Konkursgrund, so hat das Gericht Ermittlungen darüber anzuordnen (§ 63 II GG., 208 II KO., 105 II und III KO.).

Stellt ein Gläubiger den Konkursantrag und wird derselbe zugelassen, so hat das Gericht in gleicher Weise die sämtlichen Geschäftsführer, bezw. Liquidatoren zu hören (§ 105 II KO.).

II. Hat das Konkursgericht den Eröffnungsbeschluß erlassen, so hat der Gerichtsschreiber eine Abschrift des Eröffnungsbeschlusses dem Amtsgericht mitzuteilen, welches das Handelsregister führt (§ 112 KO.). Ist die G. m. b. H. in den Registern verschiedener Bezirke eingetragen, weil ihre Verwaltung in verschiedenen Gerichtsbezirken geführt wird, so muß jedem der verschiedenen Registergerichte eine Abschrift mitgeteilt werden. Auf diese Weise ist dafür gesorgt, daß das Registergericht Kenntnis von dem Konkurse erhält. Natürlich kann das Gericht auch auf andere Weise Kenntnis von dem Konkurse erlangen. In jedem Falle ist der Konkurs von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen (§ 32 HGB.; früher galt der jetzt gestrichene Absatz 3 des § 64 GG.). Durch diese Vorschrift wird § 65 GG. ergänzt, welcher besagt, daß die Auflösungsgründe mit Ausnahme des Konkurses in das Handelsregister einzutragen sind. Während aber bei jenen Auflösungsgründen dem Geschäftsführer, bezw. Liquidator die Anmeldepflicht obliegt, besteht hier eine solche nicht; dieselbe ist eben ersetzt durch die Mitteilung des Konkursgerichts. Eine öffentliche Bekanntmachung der Ein-

---

[79]) Parisius-Crüger S. 264.

tragung findet nicht statt, da ja bereits der Eröffnungsbeschluß selbst öffentlich bekannt gemacht ist (§ 111 KO., 32 HGB.).

Die Eintragung hat nicht die Wirkung, welche Eintragungen im Handelsregister im allgemeinen zukommt. Im allgemeinen wird nach § 15 HGB. der gute Glaube in der Weise geschützt, daß dem dritten Kenntnis einer nichteingetragenen Tatsache nachgewiesen werden muß, und daß er Unkenntnis einer eingetragenen Tatsache für sich nur dann als Entschuldigungsgrund in Anspruch nehmen kann, wenn er beweist, daß sie auf Fahrlässigkeit nicht beruht. Hingegen hat die Eintragung der Konkurseröffnung in unserem Falle diese Wirkung nicht (§ 32 HGB.), der mit Konkurseröffnung eintretende Konkursbeschlag ist von Kenntnis oder Unkenntnis des Dritten nicht abhängig (§§ 6, 7, Ausnahmen: §§ 7, 8 KO.), und daran ändert auch die Eintragung in das Handelsregister nichts.

III. Gegen die Entscheidung des Konkursgerichts über den Eröffnungsantrag gibt es das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 73 III KO.). Beschwerdeberechtigt ist:

1. Bei Eröffnung des Verfahrens ausschließlich der Schuldner, § 109 KO. Das ist in unserem Falle die Gesellschaft, handelnd durch ihre Vertreter. Sonach sind beschwerdeberechtigt die Geschäftsführer bezw. Liquidatoren, und zwar könnten dieselben an sich im Zweifel nur gemeinschaftlich die Beschwerde einlegen. Nachdem jedoch jedem von ihnen das Antragsrecht zusteht und nachdem jeder von ihnen, soweit er nicht selbst den Antrag gestellt hat, darüber zu hören ist, wird man auch jedem Einzelnen das Recht der sofortigen Beschwerde zubilligen müssen, soweit er den Antrag nicht selbst gestellt hat.[80]) Durch Beschluß der Gesellschafter können die Vertreter zur Erhebung der Beschwerde angewiesen und verpflichtet werden.

2. Bei Nichteröffnung der abgewiesenen Antragsteller, § 109 KO. Dies kann ein Gläubiger, es können auch einer oder mehrere Geschäftsführer bezw. Liquidatoren sein.

Sonach kann die Auflösung, welche mit der Eröffnung des Konkursverfahrens eintritt (vgl. 2. Kapitel), durch erfolgreiche Ausübung des Beschwerderechtes wieder rückgängig gemacht werden. Für die Aktiengesellschaft gibt es eine Ausnahme von diesem Satze (§ 68 des

[80]) Jaeger §§ 207, 209 Anm. 10; a. M. Goldstein S. 16.

Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen), für die G. m. b. H. nicht.

Der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts hat eine Abschrift der die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses anordnenden Entscheidung dem Registergericht mitzuteilen (§§ 116, 112 KO.). Dasselbe hat die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen. Die Eintragung hat auch diesmal nicht die Wirkungen, welche sonst nach § 15 den Eintragungen in das Handelsregister zukommen. Eine Bekanntmachung der Eintragung findet nicht statt (§ 32 HGB.). Dagegen ist der Aufhebungsbeschluß durch den Gerichtsschreiber des Konkursgerichts bekannt zu machen (§§ 116, 111 KO.).

II. Kapitel.
Die Konkursbeteiligten.

§ 6.
Das Konkursgericht.[81])

Zuständig als Konkursgericht ist ausschließlich das Amtsgericht, bei welchem die G. m. b. H. ihre gewerbliche Niederlassung hat (§ 71 KO.). Gemeint ist eine zum unmittelbaren und selbständigen Geschäftsabschluß ermächtigte Betriebsstelle, welche zugleich die Hauptniederlassung darstellt.[82]) Die G. m. b. H. wird in der Regel eine solche gewerbliche Niederlassung besitzen. Sie kann aber auch fehlen, z. B. bei einer G. m. b. H. zum Zwecke der Errichtung eines Vereinshauses. Dann ist zuständig das Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes (§ 71 KO.), das ist nach der Zivilprozeßordnung da, wo die G. m. b. H. ihren Sitz hat, d. h. im Zweifel der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, der Ort, von welchem aus die Geschäftsführer die Geschäfte der Gesellschaft besorgen (§ 17 ZPO.).[82a]) Da nun auch im ersten Falle der Ort der gewerblichen Niederlassung regelmäßig da sein wird, wo die Verwaltung geführt wird, so ergibt sich für die Praxis meist kein Unterschied, ob

---

[81]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Jaeger §§ 207, 208 Anm. 8; Goldstein § 3 IV; Bett § 8.

[82]) Jaeger § 71 Anm. 3.

[82a]) Vgl. RGE. Bd. 59 S. 107.

es sich um eine Gesellschaft mit oder ohne gewerbliche Niederlassung handelt.

Die besondere Vorschrift des § 238 Abs. 2 Satz 2 greift für den Konkurs der G. m. b. H. nicht Platz, da es — wie im I. Kapitel ausgeführt wurde — eine G. m. b. H. mit dem Sitz im Auslande nicht geben kann.

§ 7.

Der Gemeinschuldner.[83])

Gemeinschuldnerin ist die G. m. b. H. als solche.

I. Die G. m. b. H. wird durch die Eröffnung des Konkursverfahrens aufgelöst (§ 60 Ziff. 4 GG.). Die Existenz einer G. m. b. H. als einer Kapitalgesellschaft beruht im wesentlichen auf ihrem Vermögen; dieses wird durch das Konkursverfahren in der Hauptsache ergriffen und dem Machtbereich der Gesellschaft entzogen.[84]) Darum hat der Gesetzgeber die Eröffnung des Konkursverfahrens zum Auflösungsgrund gemacht. Man könnte nun folgern, daß die G. m. b. H., da sie durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst wird, auch nicht mehr Gemeinschuldnerin im Konkurse sein kann. Allein das Wort „Auflösung" ist in § 60 GG. in einem Sinne gebraucht, welcher vom allgemeinen Sprachgebrauch abweicht. Es bedeutet nicht ein plötzliches Ende der Gesellschaft, sondern nur den Übergang in das Stadium der Liquidation; die produktive Seite der Gesellschaft kommt in Wegfall, an ihre Stelle tritt die Versilberung der Wertgegenstände, die Einziehung der Forderungen, die Lösung der Verbindlichkeiten und Begleichung der Schulden, die Verteilung des übrig bleibenden Reinvermögens. Die Gesellschaft ist also nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht aufgelöst, sondern nur in Auflösung begriffen und bewahrt ihre Rechtspersönlichkeit, bis die Liquidation beendigt ist (§ 69 GG.).[85]) Nun findet allerdings im Falle des Konkurses eine Liquidation im Sinne der §§ 66 ff. GG. nicht statt (§ 66 I GG.). Allein daraus ist nicht zu schließen, daß mit der Eröffnung des Konkurses die G. m. b. H. ein plötzliches Ende findet; das Konkursverfahren schließt vielmehr, worauf auch der

---

[83]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Jaeger §§ 207, 208 Anm. 9 bis 11; Goldstein §§ 4, 7; Bett §§ 9, 10.

[84]) Goldstein S. 30.

[85]) Staub § 60 Anm. 1; Parisius-Crüger S. 254.

Wortlaut des § 66 I GG. hindeutet, die Liquidation bereits in sich, es ist ein besonders geartetes Liquidationsverfahren. Sonach ist auch in unserem Falle der Fortbestand der G. m. b. H. bis zur Beendigung des Verfahrens anzunehmen.[86])

II. Demnach ist die G. m. b. H. nach der Konkurseröffnung ebensowohl wie vorher Subjekt ihres Vermögens, der Rechte und der Pflichten, sie ist als juristische Person Gemeinschuldnerin, es treten nicht etwa die Gesellschafter an ihre Stelle.

III. Die G. m. b. H. verliert durch die Konkurseröffnung nicht den Charakter einer Handelsgesellschaft (§ 13 III GG.). Ein von ihr betriebenes Handelsgeschäft hört durch die Konkurseröffnung nicht ohne weiteres auf, ein bestehendes Handelsgeschäft zu sein, sodaß dasselbe samt der Firma auch während des Konkurses veräußert werden kann (§ 22 HGB.).[87]) Auch die Firma bleibt im Konkurse dieselbe, wie dies ja auch im Liquidationsverfahren der Fall ist.[88])

IV. Als juristische Person muß die G. m. b. H. auch im Konkurse Organe haben, durch welche sie sich betätigt:

1. Die Verwaltung und Verfügung hinsichtlich der Konkursmasse obliegt dem Konkursverwalter. Ob der Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist, ist sehr bestritten.[89])

2. Die Gesellschaft bedarf aber noch weiterer Organe, einmal zur Vornahme derjenigen Handlungen, welche die K.O. dem Gemeinschuldner zuweist, sodann solcher Handlungen, welche mit dem Konkurse nichts zu tun haben, sei es, daß interne gesellschaftliche Funktionen in Betracht kommen, oder daß konkursfreies (nach Konkursbeginn erworbenes oder vom Verwalter aus der Masse freigegebenes) Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. In diesem Falle können die Gesellschaftsorgane auch nach außen handelnd auftreten.[90]) Für diese Zwecke sind als Organe berufen zunächst die Geschäftsführer; falls sich die Gesellschaft bei Ausbruch des Konkurses in Liquidation befunden hat, die Liquidatoren; ferner die Gesellschafterversammlung und etwaige fakultative Organe

---

[86]) Staub § 63 Anm. 9; Neukamp S. 177; Liebmann S. 158, Mat. z. KO. S. 391 (Motive z. KO. S. 442); RGE. Bd. 14 S. 418.

[87]) Staub, HGB. § 22 Anm. 3.

[88]) RGE. Bd. 15 S. 105.

[89]) Vgl. Jaeger § 6 Anm. 1ff.

[90]) A. M. anscheinend Liebmann S. 159.

(Aufsichtsrat, Beirat, Delegierte). Fehlt es an Geschäftsführern bezw. Liquidatoren, so sind diese in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Beteiligten von dem Amtsgericht zu bestellen, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 29 BGB.). Beteiligter im Sinne des § 29 BGB. ist auch der Konkursverwalter.[91])

3) Es fragt sich nun: Fungieren die bei Konkursbeginn bestehenden Organe einfach fort oder ist eine Neuwahl erforderlich? Auf die Gesellschafterversammlung hat diese Frage natürlich keinen Bezug. Bestritten ist sie hinsichtlich der Geschäftsführer. Kleinfeller[92]) meint, es handle sich um einen Dienstvertrag, durch welchen sich das Vorstandsmitglied bezw. der Geschäftsführer verpflichte, ein ihm vom Gemeinschuldner übertragenes Geschäft zu besorgen, und dieser erlösche nach § 23 II KO. Das ist nicht richtig; das Vertragsverhältnis der Geschäftsführer ist ein ständiges, nicht aber lediglich auf Besorgung eines Geschäfts gerichtet. Bett[93]) unterscheidet: wenn das Vorstandsmitglied ein Entgelt beziehe, so liege ein Dienstvertrag vor, welcher gemäß § 22 KO. durch Konkurseröffnung nicht ohne weiteres erlösche; wenn das Vorstandsmitglied dagegen kein Entgelt beziehe, so liege ein Auftrag vor, welcher gemäß § 23 I KO. mit der Eröffnung des Verfahrens erlösche. Allein das Dienstverhältnis der Geschäftsführer ist auch im zweiten Falle kein Auftrag, da dieser „auf Besorgung eines Geschäfts" geht (§ 662 BGB.), während das Dienstverhältnis der Geschäftsführer ein ständiges ist. Nach richtiger Ansicht ist auf dasselbe § 22 KO. stets anzuwenden; mag nun der Geschäftsführer ein Entgelt beziehen oder nicht, stets handelt es sich um ein ständiges Dienstverhältnis, welches im Erwerbsgeschäft oder im Wirtschaftsbetrieb oder doch wenigstens in einem ähnlichen Betrieb des Gemeinschuldners angetreten ist; im letzteren Falle ist § 22 analog anzuwenden. Mit der Konkurseröffnung erlischt daher ohne weiteres nur die Ermächtigung, Geschäfte zu besorgen, welche sich auf die Verwaltung der Konkursmasse oder die Verfügung über dieselbe beziehen. Im übrigen fungieren die Geschäftsführer weiter; sowohl der Konkursverwalter als auch die Geschäftsführer haben jedoch das Recht, innerhalb der gesetzlichen,

[91]) Staub § 63 Anm. 10.

[92]) J. Z. Bd. 8 S. 23, 24.

[93]) Bett S. 39.

bezw. einer kürzeren vertragsmäßigen Kündigungsfrist zu kündigen.[94]) Das gleiche gilt für die Liquidatoren, falls sich die Gesellschaft bei Konkursbeginn in Liquidation befunden hat, und für den Aufsichtsrat, falls ein solcher bestellt ist. Etwas anders liegt die Sache beim Prokuristen. Es entspricht dem Zwecke der Prokura, welche für den Betrieb des Unternehmens erteilt ist, daß sie durch die Konkurseröffnung erlischt.[95])

4. Hinsichtlich der Vergütungsansprüche der Gesellschaftsorgane ist folgendes zu sagen:[96])

a) Der Anspruch für die Zeit bis zur Konkurseröffnung bildet eine Konkursforderung und zwar, soweit er sich auf das letzte Jahr vor der Konkurseröffnung bezieht, eine bevorrechtigte Konkursforderung gemäß § 61 Ziffer 1 KO. Das letzte Vorrecht kommt indessen nur denjenigen Gesellschaftsorganen zu, welche in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis, wenn auch nicht in einer persönlichen Botmäßigkeit zur Gesellschaft stehen. Es ergibt sich dies aus dem Worte „verdingen" in § 61 KO. Dem entsprechend wird man den Geschäftsführern das Vorrecht zubilligen müssen, nicht dagegen den Aufsichtsratsmitgliedern, welche eine viel freiere Stellung in der Gesellschaft einnehmen.[97])

Die Ansprüche für die Zeit nach der Konkurseröffnung sind Masseschulden gemäß § 59 Ziff. 2 KO. Denn es handelt sich um „Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung für die Zeit nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß." Es ist sonach nicht erforderlich, daß die Leistungen der Konkursmasse zu statten kommen.

b) Macht der Konkursverwalter von seinem Kündigungsrechte Gebrauch, so hat der andere Teil außer den Ansprüchen unter a einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens. § 22 II KO. Dem Anspruch ist keinerlei Vorzugsrecht beigelegt, er ist einfache Konkursforderung.

c) Macht das betreffende Gesellschaftsorgan von seinem Kündigungsrecht Gebrauch, so hat weder dieses Organ, noch die Konkursmasse

[94]) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 9; Staub § 35 Anm. 66; Motive z. KO. S. 443.

[95]) Lehmann=Ring I S. 138.

[96]) Jaeger § 22 Anm. 14—16; Staub § 35 Anm. 66.

[97]) Bestritten; vgl. Staub § 52 Anm. 25, Jaeger 2. Auflage § 61 Anm. 11 und die dort angegebene Literatur.

noch die Gesellschaft als solche einen Schadensersatzanspruch (arg. e contr. § 22 II KO).

V. Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters.

Der Konkursverwalter übt das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Konkursmasse aus, § 6 II KO. Seine Stellung ist nur wenig verschieden von der Stellung des Verwalters im Konkurse einer natürlichen Person. Folgende Einzelheiten seien hervorgehoben:

1. Der Verwalter hat rückständige Einzahlungen auf die Stammeinlagen und rückständige Nachschüsse einzuziehen (Näheres im 3. Kapitel).

2. Der Verwalter hat die Ansprüche gegen diejenigen, welche die Gesellschaft zum Handelsregister angemeldet haben, wegen unrichtiger Angaben hinsichtlich der auf die Stammeinlagen gemachten Leistungen geltend zu machen, § 9 I GG. Er bedarf dazu keiner Ermächtigung durch Gesellschafterbeschluß und kann durch Gesellschafterbeschluß auch nicht zur Geltendmachung gezwungen werden. Denn diese Ansprüche gehören zur Konkursmasse, über welche ausschließlich der Verwalter zu verfügen hat.[98])

3. Der Verwalter hat die Befugnis, einen Rechtsanwalt oder einen Notar von der Pflicht der Amtsverschwiegenheit zu entbinden, insoweit sich die Schweigepflicht auf zur Konkursmasse gehörige Verhältnisse bezieht. Denn in diesem Falle ist die Entbindungsbefugnis nur ein Ausfluß der durch die Schweigepflicht geschützten, zur Masse gehörigen Rechtsverhältnisse.[99])

VI. Die rechtliche Stellung der Geschäftsführer.

1. Interne gesellschaftliche Funktionen. — Die Gesellschafter üben den Geschäftsführern gegenüber ihre aus dem Geschäftsanteil sich ergebenden gesellschaftlichen Rechte aus: Das Recht auf Einberufung einer Gesellschafterversammlung, auf Erteilung der Genehmigung zur Abtretung eines Geschäftsanteils, endlich auch auf Anerkennung ihrer Mitgliedschaft.[100])

2. Rechtshandlungen des Gemeinschuldners. — Die Geschäftsführer als die ordentlichen Vertreter der Gesellschaft (§ 35 GG.) können für

---

[98]) Staub § 9 Anm. 4.

[99]) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 9 Beschluß des RG. v. 15. Oktober 1904 in Z. f. R. 1905 S. 56; a. M. Bett S. 33, OLG. Darmstadt in J. Z. Bd. 9 S. 128.

[100]) Staub § 63 Anm. 15; Jaeger §§ 207, 208 Anm. 9.

dieselbe wirksam Rechtshandlungen vornehmen, insoweit sie nicht durch den Konkursverwalter verdrängt sind. Rechtshandlungen, welche sie nach der Eröffnung des Verfahrens vornehmen, sind, insoweit sie die Konkursmasse betreffen, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, § 7 KO.; soweit sie vor Konkurseröffnung vorgenommen wurden, sind sie nach §§ 29 ff. KO. anfechtbar.

3. Rechte des Gemeinschuldners nach der KO.

Die Rechte, welche im Konkurse nicht vom Verwalter, sondern vom Gemeinschuldner selbst ausgeübt werden, sind im Konkurse der G. m. b. H. von den Geschäftsführern im verfassungsmäßigen Zusammenwirken (§ 13 GG.) auszuüben. Den Geschäftsführern kann durch Gesellschafterbeschluß die Ausübung der Rechte im Einzelfalle zur Pflicht gemacht werden. Folgende Befugnisse sind hervorzuheben:

a) Das Recht, eine Reihe von Anträgen im Laufe des Verfahrens zu stellen: Antrag, das Gericht wolle dem Verwalter die Vornahme von Rechtshandlungen vorläufig untersagen, § 135 KO.; Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn ein oder mehrere Geschäftsführer den Prüfungstermin versäumt haben, sodaß die Gesellschaft ihr Bestreitungsrecht in verfassungsmäßiger Weise nicht ausüben konnte, §§ 165, 141 II, 144 II KO.; Antrag auf Aussetzung einer Abschlagsverteilung, wenn ein Zwangsvergleich vorgeschlagen wird, § 160 KO.; Antrag, das Gericht wolle den Zwangsvergleichtermin mit dem allgemeinen Prüfungstermin verbinden, § 180 KO.; Antrag auf Wiederholung der Abstimmung über einen Zwangsvergleich im Falle des § 182 II KO.; Antrag auf Aufhebung des Korrespondenzbeschlags, § 121 II KO.; Antrag auf Einstellung des Konkursverfahrens, § 202 KO.

b) Den Geschäftsführern obliegt der Abschluß eines Zwangsvergleichs, § 173 KO.; sie können sofortige Beschwerde gegen den Beschluß einlegen, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen wird, § 189 KO.

c) Die Geschäftsführer sind beizuziehen bei der Aufnahme des Massebestandes (§ 123 KO.), sie haben das Recht, von beschlagnahmten Postsendungen Einsicht zu nehmen und, falls sie die Masse nicht betreffen, deren Herausgabe zu verlangen (§ 121 KO.). Sie haben ferner das Recht, sich im Prüfungstermin über die angemeldeten Forderungen zu erklären (§ 141 KO.) und Einwendungen gegen die Schlußrechnung des Verwalters zu erheben, § 86 KO.

d) Die G. m. b. H. hat als Gemeinschuldnerin in einer Reihe von Fällen das Recht auf Mitteilungen seitens des Verwalters, § 135 KO. In diesen Fällen genügt es, wenn die Mitteilung an einen Geschäftsführer erfolgt, § 35 II GG.

e) Die Geschäftsführer haben das Recht, die angemeldeten Forderungen im Prüfungstermin zu bestreiten. Dadurch wird zwar die Befriedigung des betreffenden Gläubigers im Konkurse nicht verhindert, wohl aber wird dadurch bewirkt, daß die Forderung nach dem Konkurse nicht gegen die Gesellschaft vollstreckt werden kann, falls die Gesellschaft überhaupt nach Konkursbeendigung fortbesteht. War ein Rechtsstreit über diese Forderung bei Konkursbeginn anhängig, so kann er gegen die Gesellschaft aufgenommen werden, welche in diesem Falle wiederum durch die Geschäftsführer vertreten wird.

f) Die Geschäftsführer können und müssen auf Geheiß der Gesellschafterversammlung Prozesse aufnehmen, deren Aufnahme der Konkursverwalter abgelehnt hat (§ 10 II K.), doch kann die Aufnahme dieser Prozesse auch anderen Vertretern der Gesellschaft obliegen, wenn diese die Prozesse eingeleitet hatten.[101])

4. Pflichten des Gemeinschuldners. — Die Pflichten, welche den Gemeinschuldner treffen, obliegen in unserm Falle den Vertretern der Gesellschaft, den Geschäftsführern. Da es sich aber nicht um Rechtshandlungen und Vertretungsakte handelt, so obliegen sie nicht etwa den Geschäftsführern gemeinschaftlich, sondern jedem einzeln.[102]) Hierher gehören folgende Pflichten:

a) Die Auskunftspflicht gegenüber dem Verwalter, dem Gläubigerausschuß und der Gläubigerversammlung gemäß § 100 KO.

b) Die Pflicht zur Mitwirkung bei der Aufnahme der Masse, § 123 II KO.

c) Die Pflicht, über die angemeldeten Forderungen im Prüfungstermin eine Erklärung abzugeben, § 141 II KO.

d) Die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides, § 125 KO.

e) Der Wohnungszwang nach § 101 I KO. Befolgt ein Geschäftsführer die ihm vom Gesetz auferlegten Verpflichtungen nicht, oder er

---

[101]) Goldstein S. 16.

[102]) Mat. z. KO. S. 609, 610 (Protokolle der Kommission (z. KO.) S. 117).

scheint es zur Sicherung der Masse notwendig, so kann die zwangsweise Vorführung und Haft des Geschäftsführers angeordnet werden, § 101 II KO.[103])

f) Dagegen unterliegt dem Korrespondenzbeschlag (§ 121 KO.) nur der an die Gesellschaft als solche gerichtete Einlauf: also vor allem der an die Gesellschaftsfirma adressierte Einlauf, dann aber auch der an einen Geschäftsführer adressierte Einlauf, wenn sich aus dem übrigen Inhalt der Adresse ergibt, daß die Sendung für die Gesellschaft bestimmt ist. Dagegen kann der an den Geschäftsführer adressierte Einlauf nicht schon deshalb beschlagnahmt werden, weil der Name dieses Geschäftsführers zugleich den Hauptbestandteil der Firma bildet.

5. Konkursdelikte des Gemeinschuldners. — Die KO. kennt 3 Delikte des Gemeinschuldners: den einfachen Bankrott (§ 240 KO.), den betrüglichen Bankrott (§ 239 KO.) und die Gläubigerbegünstigung (§ 241 KO.). Auch die Gläubiger einer G. m. b. H. dürfen eines entsprechenden strafrechtlichen Schutzes nicht entbehren, falls die Organe der Gesellschaft derartige Handlungen vornehmen; ebenso dürfen die Gesellschafter selbst der Leichtfertigkeit und den Umtrieben der Geschäftsführer nicht preisgegeben werden.[104]) Da nun aber die zitierten Paragraphen direkt auf die Geschäftsführer nicht Anwendung finden würden, analoge Anwendung von Strafgesetzen aber nicht zulässig ist, so hat § 83 GG. (in Ergänzung des § 244 KO.) die genannten Strafvorschriften ausdrücklich auf die Geschäftsführer einer G. m. b. H. ausgedehnt,[105]) wenn sie die unter Strafe gestellten Handlungen in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer begangen haben. Insoweit sie die Handlungen nicht in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer vorgenommen haben, sind sie straflos; ebenso sind straflos sonstige Gesellschaftsorgane (abgesehen von den Liquidatoren) und die einzelnen Gesellschafter, wenn sie derartige Handlungen vornehmen. Allerdings können manche dieser Handlungen überhaupt nur von Geschäftsführern vorgenommen werden (z. B. ein einzelner Gesellschafter kann nicht gemäß § 239 Ziff. 2 rechtswirksam Schulden der Gesellschaft anerkennen),

---

[103]) Vgl. dagegen Mat. z. KO. S. 610 (Kommissionsprotokolle z. KO. S. 117).

[104]) Mat. z. KO. S. 406, 407 (Motive z. KO. S. 462).

[105]) Motive S. 3760.

in anderen Fällen handelt es sich um Unterlassungen, wobei die Verpflichtung zum Handeln nur die Geschäftsführer trifft (z. B. Führung von Handelsbüchern nach § 239 Ziff. 3 KO.). Dagegen können die erwähnten Personen als Anstifter oder Gehilfen (nicht als Mittäter) gestraft werden. Die Strafbarkeit des Geschäftsführers ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß seine Wahl zivilrechtlich anfechtbar ist; es genügt, daß er die Stellung eines Geschäftsführers tatsächlich eingenommen hat. Es würde dem oben angegebenen Zwecke der Vorschrift vollständig widersprechen, wenn im einzelnen Falle ein gewählter und in Funktion getretener Geschäftsführer die Verantwortlichkeit für seine Geschäftsführung damit sollte ablehnen können, daß seine Wahl eine fehlerhafte und den Anforderungen des Gesetzes oder Statutes nicht entsprechende gewesen sei.[106])

Die nähere Darlegung des Tatbestandes der einzelnen Dilikte gehört dem allgemeinen Konkursrecht an. Erwähnt sei, daß die Verpflichtung zur Buchführung, von welcher § 239 Ziffer 3 KO. spricht, durch § 41 I GG. den Geschäftsführern auferlegt ist, während die weiteren Ausführungen über das, was zur ordnungsmäßigen Buchführung gehört, gemäß § 13 III GG. den §§ 38ff. HGB. zu entnehmen sind. Was ferner die in § 240 Ziff. 4 KO. erwähnte „vorgeschriebene Zeit" betrifft, innerhalb welcher die Bilanz zu ziehen ist, so kommt hier zunächst gemäß § 39 I HGB. die Eröffnungsbilanz in Betracht; sodann ist gemäß § 41 II GG. in den ersten 3 Monaten eines jeden Geschäftsjahres die Bilanz für das verflossene Geschäftsjahr aufzustellen, die Frist kann jedoch gemäß § 41 III GG. durch Gesellschaftsvertrag bis auf 6, ja sogar 9 Monate erstreckt werden. Ist im inneren Verhältnis unter den Geschäftsführern nur einzelnen von ihnen die Führung der Bücher und die Aufstellung der Bilanzen übertragen, so gereicht dieses den übrigen keineswegs zur Entschuldigung Denn kraft Gesetzes sind alle Geschäftsführer verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, und daher finden die Strafvorschriften auch auf alle Geschäftsführer Anwendung.[107])

Wie der Gemeinschuldner im Regelkonkurse, sind endlich die Geschäftsführer auch dann strafbar, wenn sie sich gegen die Be-

---

[106]) Staub § 83 Anm. 4; RGS. Bd. 16 S. 270ff.
[107]) Neukamp S. 258; RGS. Bd. 13 S.235.

stimmungen des Depotgesetzes vergehen und die Gesellschaft in Konkurs gerät (§ 12 II des Depotgesetzes).

Neben dem allgemeinen Konkursstrafrecht, welches auf die Geschäftsführer der G. m. b. H. entsprechend übertragen ist, normiert § 84 GG. ein besonderes Konkursstrafrecht für unsere Gesellschaftsform (vgl. das I. Kapitel).

6. Die rechtlichen Beschränkungen, welchen der Gemeinschuldner auf familienrechtlichem und staatsrechtlichem Gebiete unterliegt, können den Geschäftsführern nicht aufgebürdet werden. Sie fallen einfach weg, weil sie eine physische Person als Trägerin der Gemeinschuldnerrolle voraussetzen. Es lassen sich allerdings Fälle denken, in denen die G. m. b. H. von solchen Beschränkungen getroffen wird. So erwähnt (Goldstein[108]) den § 49 Ziffer 3 des Bankgesetzes, wonach eine Bank das Recht der Notenausgabe verliert, wenn sie in Konkurs gerät. Dieser Fall ist indessen für die G. m. b. H. nicht praktisch, da es bei Erlaß des Bankgesetzes Gesellschaften m. b. H. noch nicht gab und seitdem die Befugnis zur Notenausgabe nur durch Reichsgesetz erworben werden kann (§ 1 des Bankgesetzes).

VII. Die rechtliche Stellung der Liquidatoren ist die gleiche wie die der Geschäftsführer. In zwei Punkten ergeben sich Bedenken:

1. Bei Mitteilungen an den Gemeinschuldner genügt es, wie oben erwähnt, gemäß § 35 II GG., wenn dieselben an einen Geschäftsführer gemacht werden. Der § 68 I GG., welcher im übrigen dem § 35 entspricht, enthält für die Liquidatoren nicht die gleiche Vorschrift.

Daraus könnte man folgern, daß die Mitteilung an einen Liquidator nicht genügt. Es ist jedoch anzunehmen, daß gemäß § 69 I GG. auch § 35 II 3 in unserem Falle entsprechend anzuwenden ist, sodaß sich für die Liquidatoren nichts anderes ergibt als für die Geschäftsführer.[109])

2. Eine weitere Frage ist, ob auch die Liquidatoren den Strafbestimmungen wegen Bankerotts und Gläubigerbegünstigung unterliegen. Es ist zunächst auffällig, daß § 83 GG., der sonst mit § 244 KO. wörtlich übereinstimmt, den Passus hinsichtlich der Liquidatoren aus-

---

108) Goldstein S. 18.

109) Staub § 68 Anm. 11; Neukamp § 68 Anm. 1; Liebmann § 68 Anm. 1; a. M. Foertsch § 68 Anm. 1.

läßt. Dies erklärt sich jedoch daraus,[110]) daß § 244 KO. in dem Teile, in welchem er von den Liquidatoren spricht, auf die G. m. b. H. direkt Anwendung findet. Es heißt dort nämlich „Liquidatoren einer Handelsgesellschaft", und eine Handelsgesellschaft ist gemäß § 13 GG. auch die G. m. b. H.

In beiden Fällen ist übrigens, wenn man den Zweck dieser Bestimmungen im Auge behält, gar kein Grund einzusehen, warum man die Liquidatoren anders behandeln sollte als die Geschäftsführer.

VIII. Die rechtliche Stellung des Aufsichtsrats, falls ein solcher besteht, erleidet durch den Konkurs keine wesentliche Veränderung. Er hat auch im Konkurse die Geschäftsführung zu überwachen, sich von dem Gang der Angelegenheiten der Gesellschaft zu unterrichten usw. Tatsächlich haben diese Funktionen natürlich an Bedeutung viel verloren. Die Bestimmung in § 246 II HGB. mit § 52 GG., wonach der Aufsichtsrat eine Gesellschafterversammlnng zu berufen hat, falls dies im Interesse der Gesellschaft gelegen ist, mag namentlich dann Platz greifen, wenn ein Zwangsvergleich oder ein Konkursverzicht in Aussicht steht.[111]) Insoweit der Aufsichtsrat befugt ist, Rechtshandlungen für die Gesellschaft vorzunehmen (§§ 52 GG., 247 HGB.), sind diese Rechtshandlungen im Konkurse den Gläubigern gegenüber nur dann wirksam, wenn sie sich nicht auf die Konkursmasse beziehen (§ 7 KO.); vor der Konkurseröffnung vorgenommene Rechtshandlungen sind eventuell anfechtbar.

IX. Rechtliche Stellung der Gesellschafter als Beschlußorgan.

Auch die Gesellschafter als Beschlußorgan fungieren weiter, sei es in der Form der Gesellschafterversammlung, sei es im Wege der schriftlichen Abstimmung (§ 48 GG.).

1. Den Gesellschaftern obliegt die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer und sonstigen Gesellschaftsorgane. Unrichtig ist es, wenn man sagt, die Gesellschafterversammlung könne den zu wählenden Organen kein bindendes Versprechen auf Vergütung geben; wohl können die neugewählten Organe auch Vergütungsansprüche gegen die Gesellschaft erwerben,[112]) dieselben sind allerdings weder Masseschulden, weil

---

[110]) Motive S. 3760.

[111]) Bett S. 43.

[112]) A. M. Bett S. 44.

die Gesellschafter über die Masse nicht verfügen können (§§ 6, 7 KO.), noch Konkursforderungen, weil der Anspruch zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht begründet war (§ 3 KO.); dagegen können sich die neuen Organe für ihre Vergütungsansprüche an Vermögen halten, welches die Gesellschaft nach Konkursbeginn erworben hat. — Ferner obliegt den Gesellschaftern die oberste Leitung der Geschäftsführung. Insoweit aber die Geschäftsführer durch die Konkurseröffnung die Verfügungsmacht an den Konkursverwalter verloren haben, kommt auch die Oberleitung der Gesellschafter in Wegfall; der Konkursverwalter ist ihnen nicht untergeordnet, er hat eine selbständige Stellung neben dem Gemeinschuldner wie im Regelkonkurse.

2. Den Gesellschaftern verbleibt die Befugnis, die Einforderung von Nachschüssen und eine Kapitalserhöhung zu beschließen (Näheres über die daraus gewonnenen Ansprüche im III. Kapitel).

3. Dagegen verlieren die Gesellschafter eine Reihe von Befugnissen, welche die Konkursmasse berühren, so die Verteilung von Dividenden, die Einforderungen von Einzahlungen auf die Stammeinlagen, die Rückzahlung von Nachschüssen, die Teilung und Einziehung von Geschäftsanteilen, die Geltendmachung von Ersatzansprüchen, welche der Gesellschaft aus der Gründung oder Geschäftsführung zustehen (es sei denn, daß die letzteren erst nach Konkurseröffnung entstanden sind).

4. Die Gesellschafter haben sich eventuell auch mit speziellen Fragen des Konkursverfahrens zu befassen, so z. B. mit der Frage, ob sich der Vorschlag eines Zwangsvergleichs (§ 173 KO.) oder eines außergerichtlichen Vergleichs (§ 202 KO.) empfiehlt.[113])

5. Hervorzuheben ist endlich die Befugnis der Gesellschafter zur Statutenänderung (§ 53 GG.). Dies ist besonders wichtig, wenn der Konkursverwalter das Geschäft, welches die G. m. b. H. bisher betrieben hat, mit der Firma veräußern will. Das Geschäft ohne die Firma kann der Verwalter selbständig veräußern; soll dagegen die Firma, welche nach § 3 GG. Bestandteil des Statutes ist, mit veräußert werden, so muß das Statut in diesem Punkte eine Änderung erfahren, und dazu ist dann die Genehmigung der Gesellschafter erforderlich.[114])

---

113) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 9.

114) Staub § 63 Anm. 14.

§ 8.

Die Konkursgläubiger.[115])

I. Konkursgläubiger sind alle persönlichen Gläubiger der Gesellschaft, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an die Gesellschaft haben (§ 3 KO. Ausnahme § 63 KO.). Der Vermögensanspruch muß sich gegen die Gesellschaft als juristische Person richten. Manche Ansprüche, welche im Regelfalle als Konkursforderungen in Betracht kommen, sind durch die Natur der G. m. b. H. ausgeschlossen, so z. B. die familienrechtlichen Forderungen nach § 61 Ziff. 5 KO.

II. Die Gesellschafter als Konkursgläubiger. 1. Die Gesellschafter sind als solche zunächst nicht Konkursgläubiger; die Stammeinlage ist nicht etwa ein Darlehen, welches eine Forderung in der Höhe des hingegebenen Wertes begründet, obschon in wirtschaftlicher Beziehung manche Ähnlichkeit zwischen beiden besteht. Noch größer ist allerdings die wirtschaftliche Ähnlichkeit zwischen Aktien und Schuldverschreibungen auf den Inhaber,[116]) da die ersteren auch auf den Inhaber gestellt werden können, was bei den Geschäftsanteilen der G. m. b. H. nicht der Fall ist. — Der Geschäftsanteil ist zwar ein Rechtsverhältnis, welches Stimmrecht, Anspruch auf Dividende, falls ein Gewinn gemacht ist, u. a. in sich schließt, aber er ist seiner Natur nach kein Forderungsrecht.[116a]) Der Umstand, daß das aus den Stammeinlagen gebildete Stammkapital in der Bilanz auf der Passivseite erscheint, darf nicht irreführen. Denn die Passiva in der Bilanz sind — wie wiederholt hervorgehoben — nicht gleichbedeutend mit Schulden. Ergibt sich nach Befriedigung sämtlicher Konkursgläubiger ein Überschuß an Gesellschaftsvermögen, so kommt dasselbe allerdings an die Gesellschafter zur Verteilung. Doch diese Verteilung liegt dann außerhalb des Konkurses, indem sich an den Konkurs die Liquidation anschließt.

---

[115]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Jaeger §§ 207, 208 Anm. 12—16; Goldstein § 5; Bett §§ 14—17.

[116]) Bett S. 63—64.

[116a]) Vgl. RGE. Bd. 57 S. 415; Neukamp bei **Goldschmidt** Bd. 57 S. 1 ff. teilt obige Auffassung, **bekämpft aber die Ansicht, daß der Geschäftsanteil (gleich der Aktie) einen bestimmten Nennbetrag habe.**

2. In neuerer Zeit hat man versucht, dem Aktionär — und entsprechendes würde dann auch für den Gesellschafter der G. m. b. H. gelten — hinsichtlich seiner Einlagen wenigstens teilweise eine Konkursforderung zu verschaffen.[117])

a) Einmal hat man gemeint, die Gesellschafter hätten einen Anspruch auf denjenigen Teil des Reservefonds, welcher durch Gewinnrücklagen gebildet ist. Allein die so gemachten Rücklagen gehen einfach in das Vermögen der Gesellschaft über, welche als juristische Person Gemeinschuldnerin ist, sie werden in keiner Weise von dem übrigen Gesellschaftsvermögen getrennt gehalten; der dafür auf der Passivseite der Bilanz eingesetzte Reservefonds stellt keine Gesellschaftsschuld dar, sondern ist weiter nichts als ein Rechnungsposten, durch welchen verhütet werden soll, daß die der Gesellschaft zugeführten Beträge wieder als Dividende verteilt werden. Die Frage ist übrigens für die G. m. b. H. insofern nicht von gleicher Bedeutung wie für die Aktiengesellschaft, als nur bei letzterer eine Verpflichtung besteht, im Falle eines Vermögensverlustes durch Gewinnrücklagen einen Reservefonds zu bilden, § 262 Ziff. 1 HGB. Um so härter ist es allerdings für die Gesellschafter einer G. m. b. H., daß die von ihnen freiwillig in den Reservefonds eingestellten Gewinnrücklagen ihnen im Konkurse verloren gehen. Dabei ist jedoch folgender Fall auszunehmen: Wenn die Gewinnrücklagen ausdrücklich zu dem Zwecke eingezahlt wurden, einen Konkurs zu vermeiden, und es bricht dann doch der Konkurs aus, so können sie nach § 812 I 2 BGB. im Konkurse angemeldet werden.[118])

b) Ferner hat man gemeint, ein Gesellschafter, welcher durch betrügerische Handlungsweise der Geschäftsführer bewogen wurde, einen Geschäftsanteil zu übernehmen, könne nach § 31 BGB. einen Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft geltend machen. Allein jener Satz des allgemeinen bürgerlichen Rechts ist eben durch die besondere Konstruktion des Gesellschaftsrechtes ausgeschlossen. Gerade das durch die Einlagen der Gesellschafter gebildete Vermögen bildet ja das Haftungsobjekt der Gesellschaftsgläubiger und kann diesen nicht auf einem Umwege wieder entzogen werden. Derjenige, welcher einen Geschäftsanteil übernimmt,

---

[117]) So Burckas, Aktionär und Gläubiger im Konkurse der Aktiengesellschaft 1902; vgl. dagegen Jaeger S. 820; Bett S. 65, 66.

[118]) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 18.

weiß dies auch genau und kann nicht erwarten, daß ihm selbst von der Gesellschaft der Wert und die Ertragsfähigkeit seines Geschäftsanteiles garantiert werden.

3. Die Gesellschafter können aber insoweit Konkursgläubiger sein, als sie eine Forderung an die Gesellschaft haben.

A) Die Forderung kann aus der Mitgliedschaft entsprungen sein.[119]) Hierher gehören:

a) Der Anspruch auf die festgestellte Dividende. — Die Gesellschafter haben einen Anspruch auf den nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Reingewinn, § 29 I GG. Die Jahresbilanz wird endgültig festgestellt durch Gesellschafterbeschluß, § 46 Ziff. 1 GG. Liegt ein solcher Beschluß vor und ergibt die darnach aufgestellte Bilanz einen Reingewinn, so hat der Gesellschafter eine Forderung an die Gesellschaft erworben, welche mit den Forderungen anderer Personen gleichzustellen ist und so gut wie diese im Konkurse angemeldet werden kann; dieselbe kann dem Berechtigten auch durch einen späteren Gesellschafterbeschluß, etwa des Inhalts, daß eine Dividendenverteilung nicht stattfinden solle, nicht wieder entzogen werden. Ein solcher Anspruch des Gesellschafters besteht allerdings dann nicht, wenn die Bilanz nicht ordnungsmäßig (§ 42 GG.) aufgestellt war, so insbesondere dann nicht, wenn dadurch das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angegriffen würde (§ 30 GG.), sodaß also ein verteilbarer Gewinn in Wahrheit nicht vorhanden war. Dagegen kann ein später eintretender Verlust dem Gesellschafter das einmal begründete Recht nicht wieder entziehen und so kann es denn kommen, daß im Konkurse einer G. m. b. H. Gewinndividenden der Gesellschaft zur Anmeldung kommen. Nur mit seinen Einlagen garantiert der Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern ein Haftungsobjekt; hat er diese geleistet, so hat er seine Pflicht getan, und können ihm andere, in ordnungsmäßiger Weise erworbene Rechte nicht wieder entrissen werden.[120])

[119]) Staub § 63 Anm. 15.

[120]) ROH. Bd. 18 S. 154, Bd. 19 S. 141; RGE. Bd. 37 S. 64; Foertsch S. 164; Liebmann S. 166; Staub § 29 Anm. 8; Behrend S. 946; Bett S. 68; Cosack S. 607; Goldstein S. 19; Jaeger S. 820; Staub HGB. § 213 Anm. 10; Pommer S. 36. — A. M. Neukamp S. 66, 196.

Abweichend vom Aktienrechte (§ 215 II HGB) kommen Bauzinsen im Konkurse der G. m. b. H. nicht in Betracht, da solche überhaupt nicht gewährt werden können.

b) Rückzahlungsansprüche auf Grund einer Herabsetzung des Stammkapitals, § 58 GG. Die Herabsetzung des Stammkapitals erfolgt durch Gesellschafterbeschluß, welcher ordnungsmäßig bekannt zu machen ist; Gläubiger, die sich melden, müssen befriedigt oder sicher gestellt werden, und nach Ablauf des Sperrjahres ist der Beschluß in das Handelsregister einzutragen. Erst mit der Eintragung in das Handelsregister erlangt die Herabsetzung des Stammkapitals rechtliche Wirksamkeit, § 54 III GG., und erst mit diesem Momente entstehen die Rückzahlungsansprüche der Gesellschafter, falls die Herabsetzung überhaupt zum Zwecke der Rückzahlung von Einlagen erfolgt war. Bricht nach erfolgter Eintragung in das Handelsregister der Konkurs der Gesellschaft aus, so können die Gesellschafter ihre Ansprüche als Konkursforderungen anmelden; dagegen dann nicht, wenn in einem früheren Stadium des Verfahrens der Konkurs ausbricht (etwas anders ist die Regelung im Aktienrecht § 289 HGB.). Die Herabsetzung des Stammkapitals kann nur unter genauer Beobachtung der im § 58 angegebenen Vorschriften erfolgen; ist daher eine dieser Vorschriften nicht beachtet, der Herabsetzungsbeschluß aber doch eingetragen worden, so konnte es in Wahrheit zu einer Herabsetzung des Stammkapitals nicht kommen, der Beschluß hat keine Wirkung, den Gesellschaftern entsteht kein im Konkurs anmeldbarer Rückzahlungsanspruch. Nur in einem Falle wird man der geschehenen Eintragung nicht jede Wirkung absprechen können. Ist nämlich einem Gläubiger, welcher sich innerhalb des Sperrjahres gemeldet und der Herabsetzung nicht zugestimmt hatte, weder Befriedigung noch Sicherstellung zu teil geworden, die Herabsetzung des Stammkapitals aber gleichwohl eingetragen worden, so wird man der Eintragung eine bedingte Wirkung zuerkennen müssen: sie tritt in Wirksamkeit, sobald der Gläubiger nachträglich Befriedigung oder Sicherstellung erfährt, sowohl für seine ursprüngliche Forderung als auch für den Schaden, den er durch die Verspätung erleidet. Gerät die Gesellschaft inzwischen in Konkurs, so können zwar die Gesellschafter ihre Rückzahlungsansprüche anmelden, sie erhalten aber Befriedigung erst dann, wenn die Bedingung eingetreten ist, d. h. wenn der alte Gläubiger volle Befriedigung oder Sicherstellung

erfahren hat. Die Befriedigung des alten Gläubigers erfolgt also auf Kosten der Gesellschafter, die neuen Gläubiger erleiden dadurch keinerlei Einbuße.[121]) — Abgesehen von diesem Ausnahmefalle konkurrieren die Gesellschafter in einer Linie mit den übrigen Konkursgläubigern.

c) Ansprüche auf Rückzahlung von Nachschüssen, wenn dieselben bei Konkurseröffnung bereits existent waren, d. h. unter folgenden Voraussetzungen: 1. daß die Nachschüsse nicht zur Deckung eines Verlustes an Stammkapital notwendig sind; 2. daß der Rückzahlungsbeschluß ordnungsmäßig gefaßt und bekannt gemacht ist; 3. daß 3 Monate seit der Bekanntmachung verstrichen sind; 4. daß das Stammkapital voll eingezahlt ist, §§ 30 II, 28 II GG.

d) Amortisationsbeträge. — Unter Amortisation versteht man den Erwerb von Geschäftsanteilen durch die Gesellschaft, sodaß der Geschäftsanteil untergeht. Die Gesellschafter erlangen an Stelle der eingezogenen Geschäftsanteile Forderungen an die Gesellschaft, welche sie im Konkurse anmelden können. Voraussetzung für die Entstehung des Anspruches ist, daß die Amortisation nach dem Statut zulässig ist (§ 34 I GG.), daß der betroffene Gesellschafter zustimmt (§ 34 II GG.), daß die dadurch eintretende Verringerung des Stammkapitals nicht einen verteilbaren Bilanzüberschuß herbeiführt (§§ 34 III, 30 I GG.) und daß die Geschäftsanteile voll eingezahlt sind,[122]) endlich daß der Amortisationsakt vorgenommen wird. Derselbe kann verschiedener Art sein.[123]) Ein später eintretender Verlust an Gesellschaftsvermögen ist belanglos.

e) Ansprüche auf Vergütungen, welche den Gesellschaftern für statutenmäßige Leistungen, die sie außer der Kapitaleinlage zu machen haben (§ 3 II GG.), zustehen. Sind die beiderseitigen Leistungen bei Konkursbeginn noch unerfüllt, so kann der Konkursverwalter auf Erfüllung bestehen, muß aber dann den Gesellschafter voll vergüten; der Verwalter kann aber auch die Erfüllung des Vertrages ablehnen und dann hat der Gesellschafter einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung als Konkursforderung, falls er überhaupt einen Schaden erlitten hat (§ 17 KO.).

---

[121]) Staub § 58 Anm. 31; vgl. Jaeger S. 821; Bett S. 72.
[122]) Staub § 34 Anm. 19.
[123]) Staub § 34 Anm. 5ff.

B. Die Forderung des Gesellschafters kann auch unabhängig von der Mitgliedschaft entstanden sein, z. B. der Gesellschafter kann mit der Gesellschaft einen Kaufvertrag oder einen Darlehensvertrag abgeschlossen haben.

III. Konkursforderungen sind auch begründet durch Genußscheine, durch welche einer bestimmten Person, oder auch dem Inhaber des Scheines ein Anteil an dem Geschäftsgewinn der Gesellschaft zugesichert wird und zwar gleichgiltig, ob die Scheine selbständig ausgegeben werden oder nur als Zubehör zu den Geschäftsanteilen. Sobald ein Reingewinn festgestellt ist (vgl. II 2 A a), erwächst dem durch den Schein Berechtigten ein Forderungsrecht auf Auszahlung des betreffenden Betrages, welches im Konkurse angemeldet werden kann. Geht dagegen der Genußschein auf einen Anteil am Liquidationserlös, so begründet er seinem Begriffe nach keine Konkursforderung; der nach dem Schein Berechtigte wird vielmehr erst dann befriedigt, wenn sich an das Konkursverfahren ein Liquidationsverfahren anschließt und in diesem nach Berichtigung der (inzwischen etwa neu erwachsenen) Gesellschaftsschulden ein Überrest bleibt.[124])

IV. Konkursforderungen werden ferner begründet durch Schuldverschreibungen (Obligationen, auch Prioritäten genannt, insofern sie den Geschäftsanteilen vorgehen, nicht etwa in dem Sinne, als ob sie eine bevorrechtigte Konkursforderung begründeten). Dieselben können auch auf den Inhaber lauten. Es ergeben sich nun hinsichtlich der Obligationen Besonderheiten, welche allerdings im Aktienrecht von größerer praktischer Bedeutung sind und in der aktienrechtlichen Literatur eine eingehende Erörterung gefunden haben.[125]) Hier sei nur folgendes hervorgehoben:

1. Gibt die Gesellschaft Schuldverschreibungen in der Zahl von mindestens 300 Stück und im Nennwerte von mindestens 300000 Mk. aus und werden den Gläubigern dadurch nach dem Verhältnis der Werte gleiche Rechte gewährt, so bilden die Gläubiger eine Organisation nach dem Reichsgesetze vom 4. Dezember 1899, und diese Organisation ist im Konkurse besonders von Bedeutung:

---

[124]) Bett S. 73—74.

[125]) Goldstein § 5 Z. 3; Bett §§ 16, 17; Jaeger §§ 207, 208 Anm. 14, 16.

a) Die Gläubigerversammlung kann die Beschränkung von Rechten der Gläubiger mit ³/₄ Majorität beschließen, um dadurch den Konkurs der Gesellschaft abzuwenden, § 11 I l. c.

b) Ist der Konkurs ausgebrochen, so hat das Konkursgericht eine Gläubigerversammlung zwecks Aufstellung eines gemeinsamen Vertreters der Gläubiger zu berufen, § 18 III l. c. Durch Beschluß der Versammlung kann dem Vertreter die Geltendmachung der Rechte der Gläubiger unter Ausschluß der einzelnen Gläubiger übertragen werden (§ 14 l. c.), dieser Vertreter ist dann auch befugt, der Gesellschafterversammlung anzuwohnen, § 15 l. c.

2. Hat die Gesellschaft Obligationen in verschiedenen Emissionen ausgegeben und dabei den Gläubigern früherer Emissionen Vorzugsrechte bewilligt, so braucht sich der Konkursverwalter darum nicht zu kümmern. Denn es handelt sich nicht um gesetzliche, sondern nur um vertragsmäßige Vorrechte. Die Beteiligten sind darauf angewiesen, ihre Vorrechte gegeneinander zu verfolgen. Um Prozesse zu vermeiden, empfiehlt sich die Aufstellung eines gemeinsamen Vertreters.[126])

3. Befristete Forderungen werden im Konkurse fällig, § 65 I KO. Dabei ergeben sich nun Bedenken, wenn es sich um Schuldverschreibungen handelt, welche im Wege der öffentlichen Anleihe ausgegeben wurden. Es kann nämlich sein, daß eine Unterpariemission oder eine Überpariemission vorliegt. Im ersten Falle wird der Gläubiger dadurch, daß seine Forderung zum Nennbetrage fällig wird, eine Begünstigung gegenüber den übrigen Konkursgläubigern erlangen, im zweiten Falle dagegen eine Benachteiligung. Diese Regelung ist de lege ferenda zu mißbilligen, da sie zu großen Unbilligkeiten führen kann, allein es liegt kein Anhalt im Gesetze vor, welcher es rechtfertigen würde, dem Obligationär im Konkurse bei Unterpariemission Abzüge vom Nennwerte seiner Forderung zu machen und umgekehrt bei Überpariemission ihm Zuschläge zu gewähren.[127]) Die Obligation begründet eben eine abstrakte Verbindlichkeit.

Wohl aber ist nach § 65 II KO. ein Abzug zu machen, wenn die Schuldverschreibung unverzinslich ist. Fraglich ist nur, was sich ergibt, wenn der Zeitpunkt der Fälligkeit ungewiß ist, z. B. wenn die

---

126) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 14.

127) Bett S. 84ff.; a. M. Goldstein S. 2ff.

Schuldverschreibungen im Wege der Auslosung zurückgezahlt werden. In diesem Falle ist der Betrag, um welchen der Nennwert zu kürzen ist, ungewiß, es ist also überhaupt der Geldbetrag der anzumeldenden Forderung ungewiß. Gemäß § 69 KO. ist die Forderung nach ihrem Schätzungswerte geltend zu machen. Das mag im Einzelfalle schwierig sein, doch fehlt es nicht an jedem Anhaltspunkte.[128])

Die Frage, in welchem Betrage Obligationen bei Lotterieanleihen geltend zu machen sind, kommt bei der G. m. b. H. nicht in Betracht, da solche nach dem Reichsgesetze vom 8. Juni 1871 von Gesellschaften m. b. H. nicht ausgegeben werden dürfen.

V. Die Reihenfolge, in welcher die Konkursgläubiger befriedigt werden, ist die gleiche wie im Konkurse des Einzelschuldners. Die besonderen Vorrechte, welche den Pfandbriefgläubigern im Konkurse der Hypothekenbank (§ 35 des Hypothekenbankgesetzes) und den Versicherten im Konkurse der Lebensversicherungsanstalt (§ 61 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen) zukommen, haben im Rechte der G. m. b. H. keinen Raum, da die genannten Unternehmungen nicht in der Form der G. m. b. H. betrieben werden können (vgl. § 2 der Darstellung). Unberührt bleiben dagegegen landesrechtliche Vorschriften, nach welchen den Inhabern von Pfandbriefen, die von anderen, in der Form der G. m. b. H. betriebenen Kreditanstalten auf Grund von Hypotheken ausgestellt sind, ein Vorrecht vor allen anderen Konkursgläubigern in Ansehung der Befriedigung aus den Hypotheken zusteht. Unberührt bleiben auch die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen den Inhabern von Schuldverschreibungen, die von der Gesellschaft über ein Anleihen ausgestellt sind, ein Vorrecht vor nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, deren Forderungen später entstehen, dadurch gewährt werden kann, daß die zu bevorrechtigenden Forderungen in ein öffentliches Schuldbuch eingetragen werden. § 17 EG. z. KO.

VI. Die Besonderheiten, welche sich für die Konkursgläubiger einer Aktiengesellschaft im Falle der Fusion ergeben, fallen im Rechte der G. m. b. H. weg, da hier keine besonderen Vorschriften über die Fusion bestehen. Dieselbe kann nur in der Weise durchgeführt werden,

[128]) Vgl. für den Fall der Verlosung das Beispiel bei Bett S. 86, 87; a. M. Jaeger §§ 207, 208 Anm. 15.

daß eine Gesellschaft (A) ihr Vermögen an eine andere Gesellschaft (B) überträgt und von dieser dafür Geschäftsanteile erhält. Diese übernommenen Geschäftsanteile bilden nunmehr das Vermögen der Gesellschaft A, wozu dann natürlich auch wieder anderes Vermögen kommen kann. Im Konkurse der Gesellschaft A werden die Geschäftsanteile an der Gesellschaft B in den schwerfälligen Formen des § 15 GG. versilbert. Auf das Vermögen der Gesellschaft B können die Gläubiger der Gesellschaft A nicht greifen.

III. Kapitel.

Die Konkursmasse.

§ 9.

Umfang der Masse.[129])

I. Die Konkursmasse umfaßt alles beschlagsfähige Vermögen, welches der Gesellschaft bei Konkursbeginn gehört, § 1 I KO.; Konkursbeginn ist der Zeitpunkt, den der Eröffnungsbeschluß als solchen angibt, § 108 I KO. Regelmäßig wird die Masse das gesamte Vermögen der G. m. b. H. umfassen. Denn die in den §§ 811, 812, 850 ZPO. enthaltenen Pfändungsverbote, durch welche eine Reihe von Gegenständen der Konkursmasse entzogen werden (§ 1 I, IV KO.), setzen regelmäßig physische Personen als Rechtssubjekte voraus. Auch § 851 ZPO., welcher in Verbindung mit § 1 I KO. die unübertragbaren Gegenstände aus der Konkursmasse ausscheidet, hat nur beschränkte Bedeutung, da das bürgerliche Recht bei Bestimmung der Unübertragbarkeit ebenfalls zumeist natürliche Personen als Rechtssubjekte voraussetzt; immerhin kann auch die G. m. b. H. Subjekt unübertragbarer Rechte sein, z. B. eines Vorkaufsrechtes nach § 514 BGB., welches sonach im Konkurse der G. m. b. H. nicht zur Masse gehört. Dagegen gehört zur Masse ein Nießbrauch, da dieser seiner Ausübung nach übertragen werden kann (§§ 1059 BGB., 857 ZPO.) und nicht schon mit der Auflösung (§ 60 GG.), sondern erst mit der definitiven Beendigung der Gesellschaft erlischt.

---

[129]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Jaeger §§ 207, 208 Anm. 17; Goldstein § 6, 1; Bett § 11.

Was die Gesellschaft nach Konkursbeginn erwirbt, ist konkursfrei (arg. § 1 I KO.). Während es nun im Leben beim Einzelschuldner die Regel sein wird, daß er auch nach Konkursbeginn eine Erwerbstätigkeit entfaltet und sich neue Mittel für seinen Lebensunterhalt beschafft, wird die G. m. b. H., welche mit der Konkurseröffnung ihren bisherigen produktiven Zweck verloren hat, regelmäßig keine neue Erwerbstätigkeit entfalten und neues Vermögen nicht erlangen. Ein bei Konkursbeginn vorhandenes Geschäft wird ja wohl fortbetrieben werden, aber nicht für Rechnung der Gesellschaft, sondern, da das Geschäft in die Masse fällt, für Rechnung der Masse.[130]) Möglich ist es aber immerhin, daß die Gesellschaft Vermögen nach Konkursbeginn erwirbt, z. B. durch unentgeltliche Zuwendungen; weitere Fälle werden im nächsten Paragraphen zur Sprache kommen. Insoweit nun die Gesellschaft neues Vermögen erwirbt, dürfen Sondervollstreckungen zu Gunsten der einzelnen Konkursgläubiger in dasselbe nicht vorgenommen werden, § 14 KO. Ein neuer Konkurs kann über dieses Vermögen eröffnet werden; ob sich die Gläubiger des ersten Konkurses daran beteiligen können, ist eine Streitfrage des allgemeinen Konkursrechts.[131])

II. Die Masse wird, wie im Konkurse der Einzelperson, gemindert durch Geltendmachung von Aussonderungs- und Absonderungsrechten, §§ 43 ff., §§ 47 ff. KO. Die Minderung der Masse durch Aufrechnung ist beschränkt hinsichtlich rückständiger Einzahlungen auf die Stammeinlagen (näheres im nächsten Paragraphen). Unter den Massekosten kommt naturgemäß in Wegfall „die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung“ (§ 58 Z. 3 KO.).

Auch eine Mehrung der Masse durch Anfechtung kommt in Betracht und zwar bezieht sich die Anfechtung auf Handlungen, welche die Gesellschaft durch ihre Organe vorgenommen hat, §§ 29 ff. KO. Insoweit dabei verwandtschaftliche Verhältnisse in Betracht kommen (§ 31 Z. 2, § 32 Z. 2 KO.), haben diese Bestimmungen natürlich keinen Gegenstand. Anfechtbar sind auch Handlungen, welche die Gesellschaftsorgane mit den Gesellschaftern vornehmen, z. B. Ermäßigungen der Beitragspflicht oder Gewinnverteilungen.[132]) Die

[130]) Behrend S. 945.

[131]) Jaeger § 1 Anm. 59 und die dort angegebene Literatur.

[132]) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 17.

besondere Konkurspauliana bezieht sich auf Handlungen, die nach Zahlungseinstellung oder Eröffnungsantrag oder 10 Tage zuvor vorgenommen wurden, § 30 KO. Es könnte auffallen, warum in unserem Falle, da wir doch zwei Konkursgründe haben, nicht auch das Vorliegen der Überschuldung die Handlung anfechtbar macht. Es erklärt sich das daraus, daß die Überschuldung nicht wie die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag ein äußerlich scharf markiertes Anzeichen ist, an welches man derartige Rechtsfolgen anschließen kann.

§ 10.

Einzelne Massebestandteile.[133])

I. Die Stammeinlagen.

1. Die Summe der Stammeinlagen, d. h. das Stammkapital ist, trotzdem es in der Bilanz auf der Passivseite erscheint, in Wahrheit die Grundlage des Aktivvermögens der Gesellschaft; denn durch die Stammeinlagen wird das Gesellschaftsvermögen in der Hauptsache zusammengebracht. Man darf nun aber keineswegs annehmen, daß das Stammkapital ein unverrückbarer Stamm an Gesellschaftsvermögen sei, auf welchen sich die Gläubiger in allen Fällen verlassen könnten.[134]) Der Zweck des Stammkapitals ist, wie wiederholt ausgeführt wurde ein ganz anderer: es soll ein der Ziffer des Stammkapitals gleichkommendes Vermögensquantum von der Gewinnverteilung ausgeschlossen werden. Es kann natürlich das Gesellschaftsvermögen auch hinschwinden, ohne daß Gewinne verteilt werden; denn die auf die Stammeinlagen gemachten Einzahlungen bleiben ja nicht bar hinterlegt, sondern werden zur Beschaffung von Betriebsmitteln usw. verwendet, und die so angeschafften Gegenstände können durch irgendwelche elementare oder wirtschaftliche Vorgänge vernichtet oder ihres Wertes beraubt werden. So kann es kommen, daß bei Konkurseröffnung von dem „Stammkapital" in Wahrheit nicht viel mehr vorhanden ist.

2. Rückständige Einzahlungen auf die Stammeinlagen.[135])

a) Nach § 7 II GG. kann es nicht vorkommen, daß bei Konkursbeginn noch die gesamte Stammeinlage rückständig ist. Wohl aber

---

[133]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Jaeger §§ 207, 208 Anm. 18 bis 20; Goldstein § 6, 2—5; Bett §§ 12, 13.

[134]) Vgl. Staub, Einleitung Anm. 15—16.

[135]) Staub § 63 Anm. 11; JW. 1899, S. 305; Behrend S. 946.

können Einzahlungen auf die Einlagen zum Teil rückständig sein; dieselben bilden Forderungsrechte der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, welche aus der Mitgliedschaft entspringen, und gehören als solche zur Konkursmasse. Sonach hat der Konkursverwalter gemäß § 6 II KO. das Recht, dieselben einzuziehen.[136]) Während außerhalb des Konkurses die Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlagen der Bestimmung der Gesellschafter als Beschlußorgan unterliegt, § 46 Z. 2 GG., bedarf der Konkursverwalter dieser Genehmigung nicht; denn auf ihn gehen alle, die Verfügung über die Masse betreffenden Rechte der Gesellschaftsorgane, also nicht nur der Geschäftsführer, sondern auch der Gesellschafter als Beschlußorgan über. Allerdings mag es im Einzelfalle wünschenswert sein, daß der Verwalter die beratende Stimme der Gesellschafterversammlung hört,[137]) man hat sogar eine gesetzliche Bestimmung des Inhalts gewünscht, daß die Einforderung der Einzahlungen von einer nach Anhörung der Gesellschaftsorgane zu erteilenden Genehmigung des Konkursgerichts abhängig sein soll.[138]) Die Einforderung der rückständigen Einzahlungen ist übrigens nicht nur Recht, sondern auch Pflicht des Konkursverwalters, welcher nach §§ 117 ff. KO. die Aufgabe hat, die Masse zu sammeln und zu verwerten.

b) Während sich der Verwalter um die Zustimmung der Gesellschaftsorgane nicht zu kümmern braucht, ist er gehalten, die durch das Statut vorgesehenen Zahlungsmodalitäten zu beobachten. So z. B. wenn das Statut bestimmt, daß die Einforderung in einer bestimmten Form, etwa durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen solle. So ferner, wenn das Statut Zahlungstermine vorsieht. Der Konkurs bewirkt nicht, daß die Forderungen der Gesellschaft fällig werden. Darum muß der Verwalter die Fälligkeit der Einzahlungen abwarten.

c) Einwendungen der in Anspruch genommenen Gesellschafter.

Die Gesellschafter können nicht einwenden, daß die Einlagen infolge der Konkurseröffnung ihren ursprünglichen Zweck nicht mehr erfüllen könnten; denn ein wesentlicher Zweck der Einlage besteht gerade

---

[136]) RGE. Bd. 45 S. 155.

[137]) Kohler S. 121.

[138]) Behrend S. 946.

darin, daß sie als Haftungsobjekt der Gesellschaftsgläubiger dienen soll.[139])

Dagegen können die Gesellschafter einwenden, daß der Verwalter mehr einziehe, als zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sei, und können insoweit die Einzahlung verweigern. Würde der Verwalter mehr einfordern, so würde damit tatsächlich der Zweck, zu welchem die Einlagen zu machen sind, nicht erfüllt werden können, weder hinsichtlich der produktiven Seite der Gesellschaft, da diese Seite ja nicht mehr besteht, noch hinsichtlich der Gläubigerbefriedigung, da diese bereits durch die teilweise Einzahlung erreicht wird.[140]) Gleiches ergibt sich aus der analogen Anwendung des § 77 III GG. (betr. das Liquidationsverfahren bei einer nichtigen G. m. b. H.) und des § 300 III am Ende (betr. das Liquidationsverfahren der Aktiengesellschaft).

Ferner kann der in Anspruch genommene Gesellschafter den Einwand erheben, daß der Verwalter die Einzahlungen nicht gleichmäßig von allen Gesellschaftern einziehe. Nach § 19 GG. sind die Gesellschafter zu den Einzahlungen nur insoweit verpflichtet, als dieselben nach dem Verhältnis ihrer Stammeinlagen eingefordert werden. Daran ist auch der Verwalter gebunden. Es entsteht nun die Frage, in welcher Weise der Verwalter die Gleichmäßigkeit zu wahren hat, wenn die Rückstände auf die einzelnen Stammeinlagen ungleich sind. Regelmäßig wird das ja nicht vorkommen, da die Gesellschaft auch außerhalb des Konkurses die Einzahlungen nur verhältnismäßig einziehen kann. Es ist aber doch möglich, daß ein Gesellschafter freiwillig bereits mehr eingezahlt hat. Sodann können infolge einer Erhöhung des Stammkapitals (§ 55 GG.) neue Stammeinlagen ausgegeben werden, bevor die alten voll eingezahlt sind (anders bei der Aktiengesellschaft, § 278 HGB.), und die weitere Folge kann dann sein, daß bei Konkursbeginn die auf die alten Stammeinlagen geleisteten Einzahlungen verhältnismäßig nicht gleich sind den auf die neuen Stammeinlagen geleisteten Einzahlungen. Liegt nun der Fall vor, daß die einzelnen Gesellschafter verschieden hohe Bruchteile ihrer Stammeinlagen eingezahlt haben, so

---

[139]) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 18; ROH. Bd. 20. S. 270 ff.

[140]) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 18 und die dort angegebene Literatur nebst Entscheidungen; dazu noch Parisius-Crüger S. 264, Merzbacher S. 48, Rosenthal S. 41.

muß der Verwalter die Einziehung der Einzahlungen in der Weise vornehmen, daß schließlich für jeden Gesellschafter ein gleicher Bruchteil seiner Stammeinlage übrig bleibt. Beispiel: Das Stammkapital beträgt 30000; davon sind eingezahlt 13500, der Verwalter braucht zur Befriedigung der Gläubiger noch 9000; er bedarf also an Einlagen im ganzen 22500, sonach verbleibt den Gesellschaftern ein Rest von 7500, d. i. 25 Prozent des Stammkapitals. Folglich muß jedem Gesellschafter 25 Prozent seiner Einlage verbleiben; hat also z. B. ein Gesellschafter 60 Prozent seiner Einlage bezahlt, ein anderer 40 Prozent, so wird der Verwalter von ersterem noch 15 Prozent, von letzterem noch 35 Prozent einfordern.[141]) Anders liegt die Sache natürlich, wenn z. B. den Inhabern der später ausgegebenen Stammeinlagen ein Vorzugsrecht eingeräumt ist. In diesem Falle hat der Verwalter erst die Inhaber der früher ausgegebenen Stammeinlagen voll heranzuziehen. Der Verwalter kann dem einzelnen Gesellschafter vergleichsweise einen Teil seiner Schuld erlassen, darf aber diesen Ausfall nicht von den übrigen Gesellschaftern einfordern. Auch in diesem Falle würde ihm die Einrede der ungleichmäßigen Einforderung entgegenstehen.

Der Gesellschafter, welcher eine der bezeichneten Einwendungen geltend macht, hat den Einwendungstatbestand zu beweisen.

d) Nach § 19 II GG. können die Gesellschafter nicht Forderungen, die sie an die Gesellschaft haben, gegen ihre rückständigen Einzahlungen auf die Stammeinlage zur Aufrechnung bringen.[142]) Die Gesellschafter sind daher im Konkurse genötigt, ihre Einlagen, soweit sie zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sind, voll einzuzahlen, während sie die ihnen zustehenden Forderungen nur als Konkursforderungen anmelden können und sich mit der prozentualen Befriedigung begnügen können. Dagegen kann umgekehrt der Verwalter die Einlagenrückstände der Gesellschafter gegen Forderungen, welche denselben gegen die Gesellschaft zustehen, zur Aufrechnung bringen und so verhüten, daß ein mittelloser Gesellschafter für seine Forderung eine prozentuale Befriedigung erhält, während die Masse für ihren Anspruch auf Einlage vielleicht Befriedigung überhaupt nicht erlangen könnte.

[141]) Vgl. Bett S. 51, 52; a. M. Goldstein S. 28.
[142]) Näheres Staub § 19 Anm. 10 u. 15.

c) Man hat im Aktienrecht[143]) die Frage aufgeworfen, ob der Anspruch auf die rückständigen Einzahlungen auf die Stammeinlagen nicht durch § 17 KO. berührt werde, sodaß die Gesellschafter die Einzahlung verweigern könnten, wenn ihnen der Verwalter nicht seinerseits volle Befriedigung hinsichtlich der aus der Mitgliedschaft sich ergebenden Rechte gewähre. Allerdings ist der Vertrag, durch welchen jemand den Anteil einer G. m. b. H. übernimmt, ein Gesellschaftsvertrag; denn anders als im Gesellschaftsvertrag können Anteile nicht übernommen werden, § 3 Ziff. 4 mit § 2 I 2 GG. Ein Gesellschaftsvertrag ist auch stets ein zweiseitiger Vertrag im Sinne des § 17 KO., da jeder Gesellschafter dem andern gegenüber einerseits verpflichtet, andererseits zu fordern berechtigt ist, daß die dem Gesellschaftszweck dienenden Leistungen gemacht werden. Dieser Gesellschaftsvertrag ist jedoch erfüllt und erloschen in dem Momente, da die Gesellschaft eingetragen wird. Dafür schafft die Eintragung neue Rechtsverhältnisse: Sie begründet die Gesellschaft als juristische Person, sie verwandelt den Gesellschaftsvertrag aus einem obligatorischen Vertrag in das autonome Recht dieser juristischen Person, und die Forderungen und Verpflichtungen des einzelnen Gesellschafters entspringen nun nicht mehr einem obligatorischen Vertrage, sondern dem durch die Eintragung geschaffenen eigenartigen Rechtsverhältnisse der Mitgliedschaft. Daraus ergibt sich, daß § 17 KO. nun nicht mehr Platz greifen kann. Die Gesellschafter können ihre Leistungen nicht davon abhängig machen, daß der Verwalter die der Masse obliegenden Verpflichtungen voll erfülle; z. B. daß er ihnen eine fällige Gewinndividende voll auszahle; oder daß er ihnen Anteilscheine aushändige, falls ein Anspruch auf Gewährung solcher Scheine durch das Statut begründet ist. Der letztgenannte Anspruch ist übrigens überhaupt keine Konkursforderung, da er keinen Vermögensanspruch darstellt, § 3 KO. Ebensowenig handelt es um ein Aussonderungsrecht; denn der Schein ist, selbst wenn er beeeits ausgefertigt vorliegt, noch kein dem Gesellschafter gehöriges Wertpapier, also auch kein „dem Gemeinschuldner nicht gehöriger Gegenstand" im Sinne der § 43 KO. Der Gesellschafter hat keinen Anspruch darauf, daß ihm gerade dieser Schein ausgehändigt wird, sondern lediglich eine Forderung auf Gewährung eines Anteil=

[143]) Vgl. zu Folgendem die (teilweise abweichenden) Ausführungen bei Jaeger § 17 Anm. 4—6, Goldstein § 6, 2 und Bett S. 47, 48.

scheines und diese Forderung richtet sich, wie bereits ausgeführt, nicht gegen die Masse, sondern gegen die Gesellschaft persönlich, welche in diesem Falle durch die Geschäftsführer vertreten wird.

f) Verzögert der Gesellschafter die Einzahlung, so kann der Verwalter Verzugszinsen verlangen, § 20 GG. Er kann ferner das Kaduzierungsverfahren durchführen und den Geschäftsanteil des Säumigen versteigern lassen, §§ 21—23 GG. Dies wird allerdings kaum einen Erfolg haben, da die Geschäftsanteile einer in Konkurs geratenen G. m. b. H. in der Regel keinen Wert besitzen. Allein wenn der Verwalter das Kaduzierungsverfahren durchgeführt hat, ohne Befriedigung zu erlangen, so hat dies die wichtige Folge, daß er jetzt für den Fehlbetrag die übrigen Gesellschafter nach dem Verhättnis ihrer Stammeinlagen in Anspruch nehmen kann, sodaß wenn nur ein einziger leistungsfähiger Gesellschafter vorhanden wäre, dieser schließlich für alle Fehlbeträge aufkommen müßte, § 24 GG. Darin liegt ein erheblicher Unterschied vom Aktienrecht, welcher gerade im Konkurse von praktischer Bedeutung ist, zumal der Verwalter nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, von diesem Regreßrechte Gebrauch zu machen, soweit es zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.

d) Fällt der verpflichtete Gesellschafter in Konkurs, so hat der Verwalter des Gesellschaftskonkurses die Forderung auf die rückständige Einlage als Konkursforderung anzumelden, außerdem die bis zum Beginn des Gesellschafterkurses angefallenen Verzugszinsen. Hinsichtlich der weiteren Verzugszinsen, sowie desjenigen Betrages der Hauptforderung, für welchen er Befriedigung im Konkurse des Gesellschafters nicht erlangen kann, hat der Verwalter das Kaduzierungsverfahren durchzuführen und, wenn nötig, den Regreß gegen die übrigen Gesellschafter zu nehmen.

II. Auch der Reservefonds ist Bestandteil der Masse, denn es handelt sich beim Reservefonds ja, gleichwie auch beim Stammkapital, nicht um ein von dem übrigen Gesellschaftsvermögen gesondertes, unverrückbares Vermögen, sondern nur um einen Rechnungsposten, welcher in der Bilanz unter die Passiva eingestellt wird und so bewirkt, daß ein ihm entsprechender Teil des Gesellschaftsvermögens von der Gewinnverteilung ausgeschlossen wird. Den gleichen Charakter können auch Fonds für wohltätige Zwecke, Pensionsfonds usw. tragen. Diejenigen, zu deren Gunsten ein solcher Fonds eingerichtet ist, haben an sich noch

keine Konkursforderung lediglich aus dem Grunde, weil ein derartiger Fonds in die Bilanz eingestellt ist. Es kann aber sein, daß sich die Gesellschaft ihnen gegenüber zu derartigen Leistungen verpflichtet hat, und dann haben sie eine Konkursforderung. Dabei kann auch ausgemacht sein, daß die Gesellschaft derartige Zahlungen nur soweit zu leisten braucht, als dadurch der Betrag des Fonds nicht überschritten wird und wenn dies der Fall ist, dann hat der Verwalter zunächst die angemeldeten Forderungen um den Betrag, um welchen ihre Summe den Fonds übersteigt, zu kürzen und zwar jede Forderung um einen verhältnismäßigen Betrag; die also gekürzten Forderungen sind dann im gleichen Prozentsatz wie die übrigen Konkursforderungen zu befriedigen. Möglich ist allerdings auch, daß der Fonds Selbständigkeit besitzt, daß er gar nicht der Gesellschaft, sondern einer juristischen Person oder der Gemeinschaft der Berechtigten gehört; in diesem Falle gehört er nicht zur Masse und kann ausgesondert werden (§ 43 KO.). Ordnungsmäßig dürfte ein solcher Fonds gar nicht in der Bilanz der Gesellschaft erscheinen.[144])

III. Wird gemäß § 55 GG. das Stammkapital erhöht, so gilt für die sich daraus ergebenden neuen Stammeinlagen folgendes:

1. War bei Konkursbeginn die Erhöhung bereits in das Handelsregister eingetragen (§ 54 III GG.) und waren die Einlagen bereits einbezahlt, so gehören sie einfach zur Masse.

2. War die Erhöhung bei Konkursbeginn bereits in das Handelsregister eingetragen, sind aber die Einlagen noch nicht einbezahlt, so bilden dieselben Forderungen der Masse, welche der Verwalter einzuziehen hat. Im übrigen gilt das gleiche wie unter I.

3. Wird die Erhöhung erst nach Konkursbeginn beschlossen oder wenigstens erst nach Konkursbeginn eingetragen, so sind die dadurch entstehenden Ansprüche auf Einzahlung der neuen Einlagen konkursfrei (vgl. IV 3).

IV. Ähnliches ergibt sich, wenn durch Statut die Einforderung von Nachschüssen zugelassen ist und von dieser Möglichkeit durch einen Gesellschafterbeschluß Gebrauch gemacht wird (§ 26 GG.).[145])

[144]) Vgl. Jaeger §§ 207, 208 Anm 17; Rehm S. 559, 560.

[145]) Staub § 63 Anm. 13, § 26 Anm. 4; Neukamp S. 198.

1. Sind die Nachschüsse bei Konkursbeginn bereits beschlossen und eingezahlt, so sind sie einfach Massebestandteil.

2. Sind die Nachschüsse bei Konkursbeginn bereits beschlossen, aber noch nicht eingezahlt, so hat die Gesellschaft Forderungsrechte auf Einzahlung der Nachschüsse, welche der Verwalter zu Gunsten der Masse geltend zu machen hat. Im einzelnen gilt für die rückständigen Nachschüsse das gleiche wie für die rückständigen Einlagen (vgl. unter I); doch bestehen einige Abweichungen:

a) § 19 II GG. gilt nicht für die Nachschüsse; dieselben können daher von einem Gesellschafter, der eine Forderung an die Gesellschaft hat, gegen diese Forderung im Rahmen der §§ 53 ff. KO. zur Aufrechnung gebracht werden, sodaß der Gesellschafter in diesem Falle vor Verlust bewahrt bleibt.

b) Verzögert ein Gesellschafter die Einzahlung, so ist zu unterscheiden:

α) Ist die Nachschußpflicht von vornherein auf einen bestimmten Betrag beschränkt oder überschreiten die eingeforderten Nachschüsse einen im Statut festgesetzten Maximalbetrag nicht, so kann der Verwalter das Kaduzierungsverfahren durchführen. Aber gleichwohl besteht keine Regreßhaftung der übrigen Gesellschafter, falls von einem Gesellschafter Zahlung nicht zu erlangen ist (§ 28 GG.).

β) Ist die Nachschußpflicht unbeschränkt oder überschreiten die eingeforderten Nachschüsse einen im Statut festgelegten Maximalbetrag, so kann der Verwalter folgenden Weg beschreiten: Er kann, falls der Gesellschafter nicht innerhalb eines Monats nach Aufforderung zur Zahlung zahlt oder seinen Geschäftsanteil der Masse zur Verfügung stellt, demselben mittels eingeschriebenen Briefes erklären, daß er den Geschäftsanteil als zur Verfügung gestellt betrachte. Innerhalb eines weiteren Monats hat er den Geschäftsanteil im Wege öffentlicher Versteigerung verkaufen zu lassen; erfolgt dadurch keine Befriedigung, so fällt der Geschäftsanteil zur Masse, und der Verwalter kann ihn jetzt in beliebiger Form verwerten. Eine Regreßhaftung der übrigen Gesellschafter hat auch dieses Verfahren nicht zur Folge. § 27 GG.

Sonach wird, falls der betreffende Gesellschafter mittellos ist, in der Praxis die Nachschußforderung in beiden Fällen (α und β) uneinbringlich sein, da der der Masse verfallene Geschäftsanteil in der Regel

nichts wert sein wird, und von der Veräußerung desselben nichts zu erwarten ist.

3. Werden die Nachschüsse erst nach Konkurseröffnung beschlossen, so können sie nicht zur Masse fallen, weil zu dieser nur das bei Konkursbeginn vorhandene Vermögen gehört, § 1 KO.[146]) Diese Nachschüsse sind also konkursfrei. Sie können aber doch in Beziehung zum Konkurse gebracht werden, z. B.: eine Gesellschaft beschließt, Nachschüsse einzufordern, um mit den dadurch gewonnenen Mitteln einen Zwangsvergleich oder Konkursverzicht zu ermöglichen.

V. Auch sonstige Zuschüsse der Gesellschafter können zur Masse fließen. Eine Pflicht zur Leistung solcher Zuschüsse obliegt den Gesellschaftern aber nur dann, wenn dieselbe in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen ist, § 3 II GG.; der Verwalter hat sich bei Einziehung dieser Nachschüsse an die im Statut festgelegten Zahlungsmodalitäten zu halten. Auch Zuschüsse, zu deren Leistung die Gesellschafter nicht verpflichtet waren, verbleiben bei Konkursausbruch der Masse. Nur wenn sie unentgeltlich und lediglich zu dem Zwecke gemacht wurden, dadurch den Konkurs zu vermeiden, können sie die Gesellschafter mit der condictio causa data causa non secuta zurückfordern und diese Forderung im Konkurse anmelden, § 812 I_2 BGB. Leisten die Gesellschafter während des Konkurses freiwillige Zuschüsse zur Masse, um dadurch den Abschluß eines Zwangsvergleichs zu ermöglichen, und wird dieser Zwangsvergleich dann nicht geschlossen, so können sie dieselben ebenfalls zurückfordern, nun aber als Massegläubiger (rechtlose Bereicherung der Masse: § 59 Z. 3 KO.).[147]) Zweckmäßiger wird es allerdings sein, wenn die Gesellschafter keine Zuschüsse zur Masse leisten, sondern es der Gesellschaft überlassen, Nachschüsse einzuziehen, welche ja zunächst ihr konkursfreies Vermögen bleiben, und mit diesen den Abschluß eines Zwangsvergleichs zu versuchen.

Nach § 3 II GG. kann insbesondere den Gesellschaftern durch Statut die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen auferlegt sein und zwar auch gegen Vergütungen. In diesem Falle wird durch das Statut ein obligatorisches zweiseitiges Vertragsverhältnis begründet zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern, auf welches

---

[146]) A. M. Liebmann S. 168.

[147]) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 18.

§ 17 KO. Anwendung findet. Der Konkursverwalter kann sonach entweder die Leistungen verlangen und muß dann die Vergütungen als Masseschulden gewähren, § 59 Z. 2 KO.; oder er kann die Vergütungen verweigern, kann dann aber auch vom anderen Teile nicht Erfüllung verlangen.

VI. Einen wichtigen Bestandteil der Masse bilden die der Gesellschaft nach dem GG. zustehenden Ersatzansprüche. Hierher gehören:

1. Die Schadensersatzansprüche gegen diejenigen Geschäftsführer, welche die Gesellschaft zum Handelsregister angemeldet haben (§§ 7, 78 GG.), wegen unrichtiger Angaben, § 9 GG.

2. Die Schadensersatzansprüche gegen diejenigen, welche vor Eintragung der Gesellschaft im Namen derselben gehandelt haben, § 11 GG.

3. Die Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsführer aus der Geschäftsführung, § 43 GG.

4. Die Schadensersatzansprüche gegen die Liquidatoren aus der Geschäftsführung, § 69 I GG.

5. Die Schadensersatzansprüche gegen Mitglieder des Aufsichtsrates, welche ihre Obliegenheiten verletzt haben, § 52 GG. mit § 249 II HGB.

6. Die Ansprüche auf Rückerstattung der Auszahlungen, welche den Vorschriften zur Erhaltung des Stammkapitals zuwider geleistet worden sind, §§ 30, 31 GG.

Die Geltendmachung dieser Schadensersatzansprüche obliegt dem Konkursverwalter, da die Ansprüche zur Masse gehören. Auch die Gesellschafter als Beschlußorgan können ihm dabei keine Vorschriften machen. Man hat versucht, auf Grund des § 268 HGB. für das Aktienrecht den Aktionären einen bestimmenden Einfluß auf den Verwalter einzuräumen; allein schon im Aktienrecht ist diese Ansicht zurückzuweisen,[148]) und im Rechte der G. m. b. H. fehlt es vollends an einem Anhalte dafür, da eine dem § 268 HGB. entsprechende Vorschrift nicht vorliegt. — Der Verwalter kann auch Vergleiche mit den Verpflichteten abschließen; dann kann auch die Gesellschaft an dieselben keine Forderungen mehr richten. Allerdings haben die Geschäftsführer das Recht, gehört zu werden und bei Gericht auf Untersagung anzutragen, § 135 KO. In gewissen Fällen ist indessen vorgeschrieben (vgl. § 9 GG.), daß Vergleiche unwirksam sind, insoweit

[148]) Vgl. Jaeger §§ 208, 209 Anm. 19; Bett S. 55—57.

dadurch die Befriedigung der Gläubiger verkürzt würde, und dies gilt dann auch für Vergleiche, die der Verwalter abschließt.

Im Aktienrecht steht in vielen Fällen neben der Gesellschaft den Gesellschaftsglä bigern ein direkter Schadensersatzanspruch zu, §§ 217, 241, 249, 306 HGB; daran schließt sich die Streitfrage, wer im Konkurse zur Geltendmachung dieses Rechtes befugt ist.[149]) Im Rechte der G. m. b. H. sind derartige Schadensersatzansprüche der Gesellschaftsgläubiger nicht vorgesehen.

IV. Kapitel.

Konkursbeendigung.

§ 11.

Form der Beendigung.[150])

A. Der Konkurs der G. m. b. H. endigt auf verschiedene Weise. Auszuscheiden ist vor allem der Fall, daß der Eröffnungsbeschluß wieder aufgehoben wird; denn der Aufhebungsbeschluß macht die Rechtswirkungen der Konkurseröffnung wieder rückgängig, es wird also in der Hauptsache so angesehen, als ob die Auflösung der Gesellschaft gar nicht stattgefunden hätte, als ob die Gesellschaft gar nicht in Konkurs gewesen wäre (vgl. I. Kapitel). — Die Fälle der Konkursbeendigung sind die gleichen wie im Konkurse der natürlichen Person:

I. Das Konkursverfahren wird durch unanfechtbaren Beschluß des Konkursgerichts aufgehoben

1. nach Abhaltung des Schlußtermins, § 163 KO.,

2. nach rechtskräftiger Bestätigung eines Zwangsvergleichs, § 190 KO.

a) Die Zulässigkeit eines Zwangsvergleichs ergibt sich ohne weiteres aus § 60 Z. 4 GG., ist auch bei der Natur der G. m. b. H. als einer juristischen Person rechtlich ohne Bedenken und praktisch von großem Nutzen.[151]) Ein Zwangsvergleich ist auch dann zulässig, wenn sich die Gesellschaft bei Ausbruch des Konkurses bereits in Liquidation

---

[149]) S. Jaeger §§ 207, 208 Anm. 20; vgl. auch Bolze Bd. 7 Nr. 645; Goldschmidt Bd. 37 S. 552.

[150]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Jaeger §§ 207, 208 Anm. 21; Goldstein § 8 1, 3; Bett § 18.

[151]) Mat. z. KO. S. 391, 393 (Motive zur KO. S. 443—445).

befand und hat auch in diesem Falle einen guten Sinn, da das Liquidationsverfahren den Gesellschaftern gegenüber dem Konkursverfahren Vorteile bieten kann; das Gleiche ist zu sagen, wenn die Gesellschaft bei Ausbruch des Konkurses nichtig war.[152])

b) Der Zwangsvergleich wird geschlossen zwischen der Gesellschaft und den Konkursgläubigern. Die Gesellschaft wird dabei nach allgemeiner Regel durch ihre Geschäftsführer, bezw. Liquidatoren in verfassungsmäßiger Weise vertreten. Diese haben den Vergleichsvorschlag nach § 173 KO. zu machen. Bedenklich erscheint, daß bei einer so wichtigen Sache, wie es der Vorschlag eines Zwangsvergleiches ist, nicht ein Gesellschafterbeschluß zur Voraussetzung gemacht ist. In der Praxis werden die Geschäftsführer allerdings kaum daran gehen, einen Zwangsvergleich vorzuschlagen, ohne die Gesellschafterversammlung zu befragen. Sie sind ja auch gemäß § 49 II verpflichtet, über diesen Punkt eine Gesellschafterversammlung zu berufen, da dies im Interesse der Gesellschaft ohne Zweifel erforderlich erscheint; tun sie es trotzdem nicht, so haften sie wegen Verletzung ihrer Obliegenheiten gemäß § 43 II GG. solidarisch für den daraus entstehenden Schaden; ferner kann durch Statut oder Gesellschafterbeschluß festgesetzt werden, daß die Geschäftsführer eigenmächtig keinen Zwangsvergleich schließen dürfen, § 37 GG. Wenn diese Bestimmungen auch keine Wirkung nach außen haben, so stellen sie doch die Haftpflicht der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft außer Zweifel. Endlich kann die Gesellschaft noch zu einem wirksameren Mittel greifen: sie kann den Geschäftsführern die Vertretungsbefugnis entziehen, neue Geschäftsführer aufstellen (§ 46 Ziff. 5 GG.) und durch diese den Vergleichsvorschlag zurückziehen, solange nicht die Annahme seitens der Gläubiger erfolgt ist.

c) Werden durch den Vergleich Verpflichtungen für den Gemeinschuldner begründet, so ruhen dieselben auf der Abwickelungsgesellschaft, falls die Gesellschaft nach Konkursbeendigung nicht fortgesetzt wird, andernfalls auf der fortgesetzten Gesellschaft.

d) Eine weitere Frage ist, ob die Bestimmungen, welche die Unzulässigkeit eines Zwangsvergleichs, sodann die Verwerfung eines abgeschlossenen und die Anfechtung bezw. Aufhebung eines bestätigten Zwangsvergleichs regeln, auch in unserm Falle Anwendung finden.

[152]) Bett S. 96.

Direkt anwendbar ist § 196 KO., wonach jeder Konkursgläubiger einen durch Betrug zu stande gebrachten Vergleich hinsichtlich seiner Forderung anfechten kann. Denn es ist nach diesem Paragraph ganz gleichgültig, wer den Betrug begangen hat. Das Gleiche gilt von den Verwerfungsgründen des § 188 KO.; auch hier ist gleichgültig, durch wessen unlautere Handlung der Vergleich zu stande gekommen ist. Die übrigen Paragraphen sind direkt nicht anwendbar, da sie von Handlungen und Delikten des Gemeinschuldners reden, also eine physische Person als Gemeinschuldner voraussetzen. Die Frage ist nur die, ob diese Bestimmungen nicht auf Handlungen und Delikte der verfassungsmäßigen Vertreter der Gesellschaft in analoger Weise anzuwenden sind, und diese Frage läßt sich nur nach der ratio der einzelnen Bestimmungen beantworten. Danach ist zu sagen: 1. Der Vergleich ist unzulässig, wenn ein oder mehrere Geschäftsführer flüchtig sind, § 175 Z. 1 KO.; denn diese Bestimmung ist mit Rücksicht darauf getroffen, daß die Abwesenheit des Gemeinschuldners die für den Abschluß eines Zwangsvergleichs erforderliche Klarlegung der Verhältnisse erschwert; der Gemeinschuldner soll zugegen sein, damit ein unmittelbares Verhandeln mit ihm möglich ist. Während aber im allgemeinen die Unzulässigkeit des Zwangsvergleichs solange dauert, bis der Gemeinschuldner zurückkehrt, endigt sie in unserm Falle schon dann, wenn die Gesellschaft die flüchtigen Geschäftsführer absetzt und neue an ihrer Stelle wählt. Denn dann fällt die erwähnte ratio legis weg.[153]) — 2. Der Vergleich ist unzulässig, solange die Geschäftsführer oder einer aus ihnen die Ableistung des Offenbarungseides verweigern; denn auch die Leistung des Offenbarungseides ist notwendig zur Klarlegung der Verhältnisse; auch in diesem Falle kann die Gesellschaft Ersatz schaffen, indem sie die Geschäftsführer absetzt und neue wählt, welche den Offenbarungseid leisten, § 175 Z. 1 KO.[154]) — 3. Dagegen ist der Zwangsvergleich nicht unzulässig, wenn gegen einen Geschäftsführer wegen einer dem betrüglichen Bankrott entsprechenden Handlung ein Verfahren schwebt oder wenn er wegen dieses Reates verurteilt ist, § 175 Z. 2 u. 3 KO. Hier geht die Ansicht des Gesetzes dahin, daß ein Gemeinschuldner,

[153]) Gleicher Ansicht Seuffert S. 417; a. M. Jaeger § 175 Anm. 3; Goldstein S. 33; Bett S. 36 bis 38; Parisius-Crüger S. 256.

[154]) Gleicher Ansicht Jaeger, Goldstein, Bett, Parisius-Crüger a. a. O.

welcher derartige Reate verübt, eines Zwangsvergleichs unwürdig ist. In unserm Falle aber ist Gemeinschuldner die Gesellschaft und diese ist an den Delikten ihrer Organe unschuldig. Darum hebt nachträgliche Verurteilung in unserm Falle den Zwangsvergleich auch nicht auf (§ 197 KO.).[155]) — 4. Ganz entsprechendes ergibt sich, wenn ein Vergleich geschlossen war und nachträglich einer der obigen Fälle der Unzulässigkeit eintritt, hinsichtlich der Verwerfung des Vergleiches, § 186 Ziff. 2 KO. — 5. Wird durch unredliches und leichtsinniges Verhalten der Geschäftsführer ein Ergebnis von weniger als 20 % erzielt, so ist gleichwohl der Vergleich nicht unzulässig.[156]) Die Vorschrift geht einmal davon aus, daß leichtfertige Konkursmacher der Vergünstigung des Zwangsvergleichs unwürdig sind; der Gesichtspunkt trifft bei uns nicht zu, da die Gesellschaft an dem leichtfertigen Verhalten der Geschäftsführer unschuldig ist. Ferner soll verhindert werden, daß leichtfertige Konkursmacher durch einen billigen Zwangsvergleich von ihren Schulden kommen; auch dieser Gesichtspunkt trifft nicht zu: die G. m. b. H. kann nicht so leicht wie der Einzelschuldner wieder von vorne anfangen, sie endigt regelmäßig mit dem Konkurse. Endlich soll bewirkt werden, daß der Gemeinschuldner den Konkurs rechtzeitig beantragt, ehe sein Vermögen vollends vernichtet ist, in der Hoffnung, durch einen Zwangsvergleich von seinen Schulden zu kommen. Auch dieser Gesichtspunkt trifft nicht zu, da die wirtschaftliche Existenz der Geschäftsführer nicht wie die eines Einzelschuldners davon bestimmt wird, ob im Konkurse ein Zwangsvergleich erzielt wird oder nicht. Auf den Geschäftsführern bleiben die Ausfälle ja nicht ruhen. Die ratio legis widerspricht sonach einer analogen Anwendung des § 187 auf unsern Fall.

e) Gegen den Beschluß, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen wird, steht der Gesellschaft die sofortige Beschwerde zu, § 189 KO. Dieses Recht wird von den verfassungsmäßigen Vertretern der Gesellschaft in verfassungsmäßiger Weise ausgeübt: es kann also die Beschwerde regelmäßig nur gemeinschaftlich eingelegt werden.

[155]) Gleicher Ansicht Jaeger, Goldstein, Bett, Parisius-Crüger a. a. O.; a. M. Seuffert a. a. O.; Kohler S. 474.

[156]) Gleicher Ansicht Jaeger § 187 Anm. 10; Goldstein, Parisius-Crüger a. a. O.; a. M. Bett a. a. O.; Petersen-Kleinfeller S. 584.

II. Das Konkursverfahren wird eingestellt durch Gerichtsbeschluß:

1. Auf Grund eines Konkursverzichts, § 202 KO.; der Antrag ist von den Geschäftsführern in verfassungsmäßiger Weise zu stellen.

2. Wegen Unzulänglichkeit der Masse. § 204 KO.

Gegen den Einstellungsbeschluß findet die sofortige Beschwerde statt, § 73 KO. Beschwerdeberechtigt ist derjenige, dessen rechtliches Interesse durch die Entscheidung verletzt wird. Soweit der Gesellschaft danach ein Beschwerderecht zusteht, übt sie es durch die Geschäftsführer in verfassungsmäßiger Weise aus.

B) Der Beschluß, durch welchen das Konkursverfahren aufgehoben oder eingestellt wird, ist von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen, § 32 HGB. Das Registergericht erhält hiervon Kenntnis dadurch, daß der Gerichtsschreiber des Konkursgerichts ihm eine begläubigte Abschrift der Formel des Beschlusses mitteilt (§§ 163 III, 190 III, 205 II mit 112 KO.) Doch hat das Gericht die Eintragung auch dann zu betätigen, wenn es auf anderem Wege (z. B. durch Lesen der öffentlichen Bekanntmachung) Kenntnis von der Beendigung des Verfahrens erhält. Eine öffentliche Bekanntmachung der Eintragung findet nicht statt (§ 32 HGB.), da ja der Beschluß selbst schon öffentlich bekannt zu machen ist (§§ 163 II, 190 II, 205 I KO.). Auf die Eintragung findet der § 15 HGB. keine Anwendung. Der Konkursbeschlag endigt also jedem gegenüber, mag er nun Kenntnis davon haben oder nicht.

§ 12.

Untergang der Gesellschaft.[157])

Die Konkursbeendigung hat außer den Wirkungen, welche ihr auch im Falle des Konkurses des Einzelschuldners zukommen, noch besondere Wirkungen, da durch den Konkurs der Fortbestand der Gesellschaft selbst berührt wird. Der Zeitpunkt, in welchem diese Wirkungen eintreten, ist in den einzelnen Fällen verschieden: bei Aufhebung des Verfahrens fällt er zusammen mit dem Ablauf des zweitens Tages nach der Ausgabe des Blattes, welches die erste Einrückung des Aufhebungsbeschlusses enthält; bei Einstellung des Verfahrens beginnt mit dem Ablauf des angegebenen Tages eine 2wöchentliche

---

[157]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Jaeger §§ 207, 208 Anm. 22; Goldstein § 8_2; Bett § 19.

Beschwerdefrist und erst nach deren unbenutztem Ablauf treten die Wirkungen der Konkursbeendigung ein §§ 73, 76 KO., 577 ZPO.

I. Mit der Beendigung des Konkursverfahrens tritt die G. m. b. H. in Liquidation. Dieser Satz ist zwar nicht ausdrücklich in unserem Gesetze enthalten, ergibt sich aber aus folgenden Erwägungen: Nach § 60 Z. 4 GG. „wird die G. m. b. H. durch Eröffnung des Konkursverfahrens aufgelöst; wird das Verfahren nach Abschluß eines Zwangsvergleichs aufgehoben oder auf Antrag des Gemeinschuldners eingestellt, so können die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen": wird also das Verfahren auf anderem Wege beendigt, so bleibt die Gesellschaft aufgelöst; und wird das Verfahren zwar auf die angegebene Weise beendigt, beschließen aber die Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft nicht, dann bleibt sie wiederum aufgelöst. Was geschieht nun aber mit einer G. m. b. H., welche im Zustande der Auflösung sich befindet? Sie muß offenbar der Liquidation unterworfen werden; dies ergibt schon der Begriff, welchen das Gesetz mit dem Wort „Auflösung" verbindet. Dagegen spricht auch nicht § 66 GG.; denn wenn es dort heißt, daß in den Fällen der Auflösung „außer dem Falle des Konkursverfahrens" die Liquidation erfolgt, so will damit nur gesagt sein: „solange über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren schwebt", ist für Liquidation kein Raum. Diese Auslegung wird auch bestätigt durch den analogen, etwas deutlicher gefaßten § 294 HGB. — Die Gesellschaft tritt in Liquidation, gleichgiltig, ob sie sich schon bei Ausbruch des Konkurses in Liquidation befunden hat oder nicht.

II. Die Liquidation erfolgt durch die Geschäftsführer. Zwar sagt § 66 GG.: „Die Liquidation erfolgt in den Fällen der Auflösung außer dem Falle des Konkursverfahrens durch die Geschäftsführer." Aber man darf nun daraus nicht schließen, daß im Falle der vorangegangenen Auflösung durch Konkurs nicht durch die Geschäftsführer, sondern durch besondere Liquidatoren erfolgen müsse. Die erwähnte Vorschrift will ja nur sagen, daß, solange das Konkursverfahren schwebe, keine Liquidation stattfinde. Wenn aber eine Liquidation stattfindet, dann erfolgt sie immer auch durch die Geschäftsführer, wenn sie nicht durch Statut oder Gesellschafterbeschluß eigenen Liquidatoren übertragen wird oder bei Konkursbeginn bereits übertragen war. Eine Anmeldung der Liquidation (entsprechend § 65 GG.) ist nicht veranlaßt, da ja der den Konkurs beendigende Gerichtsbeschluß eingetragen wird und sich

daraus der Eintritt der Liquidation ohne weiteres ergibt.[158]) Falls die Gesellschaft schon vor Konkursbeginn in Liquidation war, ist irgend welche Anmeldung überhaupt nicht erforderlich. Tritt sie dagegen erst durch die Konkursbeendigung in Liquidation, dann ist die Anmeldung der Person der Liquidatoren gemäß § 67 GG. erforderlich. Im übrigen ist die Liquidation nach den allgemeinen Regeln durchzuführen; bei Befriedigung der Gläubiger brauchen die Liquidatoren nicht das Prinzip der par condicio creditorum zu beachten, nur dürfen sie Vermögen erst verteilen, wenn die Gläubiger befriedigt sind. Mit der Verteilung des Vermögens erlischt die Gesellschaft; doch haben die Liquidatoren gemäß § 31 HGB. noch die Verpflichtung, das Erlöschen der Firma zum Handelsregister anzumelden.

III. Ist bei Konkursbeendigung kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden (was in der Praxis die Regel sein wird), so fällt die Liquidation weg, da es an einem Gegenstand der Liquidation fehlt. In diesem Falle erlischt die Gesellschaft bereits mit der Konkursbeendigung; der Registerrichter hat die Gesellschaftsfirma im Handelsregister ohne weiteres zu löschen. Doch sind auch hier die Geschäftsführer, bezw. Liquidatoren gemäß § 31 HGB. verpflichtet, das Erlöschen der Firma zum Handelsregister anzumelden. Die Liquidation fällt vor allem weg, wenn der Konkurs durch Ausschüttung der Masse endigt; oder wenn das Verfahren gemäß § 204 KO. eingestellt wird, weil sich ergibt, daß eine Konkursmasse überhaupt nicht mehr vorhanden ist.

IV. In einzelnen Fällen lebt die Gesellschaft vorübergehend wieder auf:

1. Der Konkurs war beendigt, ohne daß sich daran eine Liquidation anschloß, und es findet sich weiteres Gesellschaftsvermögen vor; in diesem Falle hat eine Nachtragsverteilung nach § 166 KO. stattzufinden. Bleibt dabei ein Überschuß von Aktivvermögen, so ist nunmehr eine Nachtragsliquidation in analoger Anwendung des § 302 IV HGB. durchzuführen.

2. Es hat Liquidation nach Konkursbeendigung stattgefunden, und nach Beendigung der Liquidation findet sich neues Vermögen vor. In diesem Falle findet eine Nachtragsliquidation statt.[159])

---

[158]) So Staub HGB. § 307 Anm. 13; dagegen anders Staub GG. § 63 Anm. 18.

[159]) Staub § 74 Anm. 18ff.

3. Auch andere Umstände als das Auffinden weiteren Vermögens können das Wiederaufleben der Gesellschaft erforderlich machen;[160]) dann findet Nachtragsliquidation statt, und zwar gleichgültig, ob sich an den Konkurs eine Liquidation angeschlossen hatte oder nicht.

§ 13.

Erhaltung der Gesellschaft.[161])

A. Nach dem alten Gesetze vom 20. April 1882 war die G. m. b. H. mit der Eröffnung des Konkursverfahrens endgültig der Auflösung verfallen. Brachte nicht schon der Konkurs selbst das Ende der Gesellschaft, so mußte Liquidation eintreten. Auch ein Gesellschafterbeschluß, nach welchem die Gesellschaft fortgesetzt werden sollte, konnte gegenüber der zwingenden Gesetzesvorschrift, welche an den Konkurs die Auflösung knüpfte, nicht durchdringen. Die Gesellschafter konnten sich nur durch Gründung einer neuen Gesellschaft helfen. Diese Regelung war unzweckmäßig. Weshalb sollte das zusammengebrachte Kapital erst im Wege des Konkurs- und Liquidationsverfahrens zersplittert werden, wenn es dann von neuem zum gleichen Zwecke wieder gesammelt wurde. Diese Regelung verursachte nur unnötige Verluste und Kosten; darunter hatten nicht nur die Gesellschafter zu leiden, sondern auch die Gesellschaftsgläubiger, für welche es unter Umständen vorteilhafter gewesen wäre, einen Zwangsvergleich unter Fortbestand der Gesellschaft zu schließen.[162])

Daher hat das EG. zum neuen HGB. in Art. 11 dem § 60 Ziff. 4 GG. eine Bestimmung hinzugefügt, wonach die Fortsetzung der Gesellschaft nach vorausgegangenem Konkurse unter gewissen Voraussetzungen ermöglicht ist.

I. Voraussetzungen der Fortsetzung.

1. Die Fortsetzung der Gesellschaft ist nur möglich in 2 Fällen der Konkursbeendigung:

a) bei Aufhebung des Verfahrens nach Abschluß eines Zwangsvergleichs,

---

160) Beispiele s. Staub a. a. O. und § 63 Anm. 18.

161) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Jaeger §§ 207, 208 Anm. 22; Goldstein S. 30, 31; Bett §§ 20—22.

162) Vgl. Bett S. 102.

b) bei Einstellung des Verfahrens im Falle des Konkursverzichts.

Dagegen kann eine Fortsetzung nicht stattfinden nach Ausschüttung der Masse. In diesem Falle ist die Gesellschaft, wie oben ausgeführt, mit der Bekanntmachung des Aufhebungsbeschlusses erloschen. Allerdings hätte auch in diesem Falle das Gesetz bestimmen können, daß die Gesellschaft als nicht erloschen anzusehen sein soll, wenn die Gesellschafter die Fortsetzung beschließen. Allein dann würde die fortgesetzte Gesellschaft kein Vermögen besitzen und das Gesetz will keine G. m. b. H. ohne Vermögen, wie ja schon der Umstand beweist, daß bei der Gründung einer G. m. b. H. Stammeinlagen zu machen und mindestens zu $^1/_4$ einzuzahlen sind, ehe die Gesellschaft zur Eintragung angemeldet werden darf, §§ 3, 7 II GG. Im übrigen steht den Gesellschaftern ja der Weg der Neugründung offen.

Ganz das Gleiche gilt auch bei Einstellung des Verfahrens wegen Unzulänglichkeit der Masse; ein so geringes Vermögen gilt dem Gesetzgeber soviel wie gar kein Vermögen.

2. Negative Voraussetzung ist, daß sich die Gesellschaft nicht schon bei Konkursbeginn im Zustand der Liquidation befunden hat. Der Beschluß der Gesellschafter kann ja nur Fortsetzung des Zustandes bewirken, welcher bei Konkursbeginn bestanden hat; war die Gesellschaft bei Konkursbeginn bereits in Liquidation, so kann begrifflich eben nur von einer Fortsetzung des Liquidationszustandes die Rede sein; dem produktiven Zwecke kann die Gesellschaft nicht zurückgegeben werden.

Ähnliches gilt, wenn die Gesellschaft bei Konkursbeginn nichtig war. Sie kann dann auch nur als eine nichtige fortgesetzt werden und verfällt, sobald die Nichtigkeit in das Handelsregister eingetragen wird, der Liquidation §§ 75, 77 GG. Wurde die Nichtigkeit während des Konkurses entdeckt und eingetragen, so kann ein Fortsetzungsbeschluß mit irgend welcher rechtlichen Wirksamkeit überhaupt nicht gefaßt werden; an den Konkurs schließt sich ohne weiteres die Liquidation an. Ist die Nichtigkeit eine heilbare (§ 76 GG.), so kann bis zur Eintragung der Nichtigkeit der Mangel durch einstimmigen Beschluß der Gesellschafter geheilt werden. Erfolgt dieser Beschluß während des Konkursverfahrens, dann kann die Gesellschaft nach Beendigung des Verfahrens fortgesetzt werden. Ist jener Beschluß bei Konkursbeendigung noch nicht gefaßt, so kann die Gesellschaft zwar auch fortgesetzt werden, aber es muß dann

der heilende Beschluß nachfolgen; sonst ist die Gesellschaft der Gefahr ausgesetzt, daß die Nichtigkeit eingetragen wird, und daß sie dann trotz des Fortsetzungsbeschlusses der Liquidation verfällt.

3. Es muß ein Gesellschafterbeschluß vorliegen, welcher die Fortsetzung der Gesellschaft verfügt.[163]) Besondere Erfordernisse für diesen Beschluß sind nicht vorgeschrieben. Der Beschluß kann sonach nicht nur in einer Gesellschafterversammlung, sondern auch im Zirkularweg nach § 48 II GG. gefaßt werden. Es bedarf keiner bestimmten Form der Beurkundung. Auch hinsichtlich der Abstimmung ist nichts besonderes vorgeschrieben, sodaß nach der allgemeinen Regel des § 47 GG. einfache Majorität genügt. Man hat gemeint, da der Auflösungsbeschluß $^3/_4$-Majorität erfordere (§ 60 Ziff. 2), müsse auch für den Fortsetzungsbeschluß ein Gleiches verlangt werden. Allein zwischen dem Auflösungsbeschluß und dem Fortsetzungsbeschluß bestehen doch gar keine Beziehungen; in unserm Falle ist ja die Gesellschaft nicht durch Gesellschafterbeschluß, sondern durch den Eintritt des Konkursverfahrens aufgelöst worden. Noch weniger kann Einstimmigkeit verlangt werden; die Gesellschafter haben kein Sonderrecht des Inhalts, daß sie nicht gezwungen werden dürften, in einer Gesellschaft zu verharren, die in Konkurs gewesen war; auch werden die ihnen statutarisch obliegenden Leistungen durch den Fortsetzungsbeschluß nicht vermehrt, sondern lediglich wieder praktisch verwertet. Eine analoge Anwendung des § 144 HGB. (betr. die offene Handelsgesellschaft) ist ganz unstatthaft; einmal ist dafür schon deshalb kein Raum, weil in § 47 GG. eine direkt anwendbare Bestimmung vorliegt; sodann ist der rechtliche Charakter einer offenen Handelsgesellschaft ein ganz anderer wie der einer G. m. b. H. Die Fortsetzung der Gesellschaft soll eben möglichst erleichtert werden und deshalb genügt einfache Mehrheit.[164])

Alles das ändert sich aber dann, wenn der Fortsetzungsbeschluß zugleich eine Statutenänderung enthält; in diesem Falle muß der Beschluß gerichtlich oder notariell beurkundet werden und bedarf einer

---

[163]) Vgl. für das Folgende bes. Staub § 63 Anm. 22.

[164]) Gleicher Ansicht Staub § 63 Anm. 22; Parisius-Crüger S. 256; Liebmann S. 159; Förtsch S. 159; Esser S. 103; Merzbacher S. 145; Bett S. 105. — A. M. Neukamp S. 178; Staub HGB. § 307 Anm. 12; Goldstein S. 30.

$^3/_4$-Majorität. Sollen durch den Beschluß die statutarischen Leistungen der Gesellschafter vermehrt werden, so bedarf es der Zustimmung sämtlicher beteiligten Gesellschafter, § 53 GG.

Gemäß § 45 GG. kann übrigens das Statut in allen Fällen eine bestimmte Majorität, sowie besondere Formerfordernisse usw. festsetzen.

4. Die Fortsetzung der Gesellschaft ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, § 65 I GG. Die Pflicht zur Anmeldung obliegt den derzeitigen verfassungsmäßigen Vertretern der Gesellschaft, also den Geschäftsführern, bezw. Liquidatoren, und zwar müssen sie die Anmeldung in der verfassungsmäßigen Weise, also regelmäßig gemeinschaftlich betätigen. Die Anmeldung haben die Geschäftsführer persönlich oder in öffentlich beglaubigter Form anzubringen, § 12 HGB. Der Registerrichter kann von Amts wegen Ermittelungen über das Vorliegen und die Gesetzmäßigkeit des Fortsetzungsbeschlusses veranstalten, § 12 FGG. Dies wird sich aber dann erübrigen, wenn der Fortsetzungsbeschluß beurkundet wurde und die Urkunde vorgelegt wird.[165]) Das Registergericht hat die Eintragung zu veröffentlichen, § 10 HGB. Im übrigen ist zu unterscheiden: Enthält der Fortsetzungsbeschluß eine Statutenänderung, so erzeugt der Beschluß eine rechtliche Wirkung erst dann, wenn er in das Handelsregister eingetragen ist; daher ist ein besonderer Zwang zur Eintragung nicht erforderlich, §§ 54 III, 79 GG. Enthält der Fortsetzungsbeschluß dagegen keine Statutenänderung, so erzeugt er unmittelbar rechtliche Wirkung und ist nicht etwa bis zur Eintragung widerruflich (natürlich abgesehen von dem Fall, daß die Gesellschafter einen Auflösungsbeschluß nach § 60 Ziff. 2 GG. fassen); in diesem zweiten Falle kann das Gericht die Anmeldepflichtigen durch Ordnungsstrafen zur Anmeldung zwingen, § 14 HGB. In beiden Fällen aber erzeugt erst die Eintragung die Wirkung des § 15 HGB.: jeder Dritte muß die Fortsetzung der Gesellschaft gegen sich gelten lassen, wenn er nicht nachweist, daß er sie weder kannte noch kennen mußte. Vor der Eintragung dagegen kann die Fortsetzung, auch wenn sie bereits wirksam geworden ist, einem Dritten nur dann entgegengesetzt werden, wenn demselben nachgewiesen werden kann, daß er die Fortsetzung kannte.

---

[165]) **Vgl. Staub** § 65 **Anm.** 6.

II. Folgen der Fortsetzung.

Die Wirkung der Fortsetzung besteht darin, daß die Gesellschaft wieder eine „lebende, werbende“ G. m. b. H. wird,[166]) wie sie es war, bevor der Konkurs die Auflösung herbeiführte, daß sie den Liquidationszweck wiederum mit dem Erwerbszweck vertauscht. Ihre Organe sind wiederum die Geschäftsführer, nicht mehr die Liquidatoren. Die Gesellschaft ist wieder die alte, darum bleiben ihr auch die Rechte, welche jener zukommen (z. B. Konzessionen, Legate, welche der alten Gesellschaft vermacht waren,[167]) Personalservituten, welche an die Person der alten Gesellschaft geknüpft waren usw.), aber auch die Pflichten der alten Gesellschaft. Die Handlungen des Konkursverwalters bleiben bindend, doch äußert jetzt der Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die im Konkurse angemeldeten Forderungen (vgl. §§ 144, 194 KO.) seine Wirkung.[168])

Allerdings mögen die Verhältnisse der durch den Zwangsvergleich und den Fortsetzungsbeschluß erhaltenen Gesellschaft keine glänzenden sein; es mag sein, daß ein großer Teil des Vermögens verloren ist und das noch vorhandene Vermögen erheblich hinter der Ziffer des Stammkapitals zurückbleibt. Man hat darin eine Lücke des Gesetzes gefunden und gemeint, die Gesellschafter seien verpflichtet, Einlagen zur Neubildung des Stammkapitals zu machen. Davon kann aber keine Rede sein; eine solche Pflicht hätte der Gesetzgeber ausdrücklich normieren müssen. Es ist auch keine Lücke im Gesetz vorhanden: Es bleibt eben einfach die Verteilung von Gewinndividenden auf solange hinaus unmöglich, bis das Vermögen die Ziffer des Stammkapitals wieder erreicht, §§ 29, 30 GG. Es steht ja auch nichts im Wege, daß durch Herabsetzung des Stammkapitals schon vorher die Auszahlung von Dividenden ermöglicht wird, nur müßte die Herabsetzung natürlich unter den Vorsichtsmaßregeln des § 58 GG. stattfinden und unter diesen Umständen wird es die Gesellschaft, welche eben erst einen Konkurs überstanden hat und noch erholungsbedürftig ist, kaum riskieren, einen neuen Ansturm der Gläubiger, wie ihn die Beobachtung der Be-

---

[166]) Staub § 63 Anm. 24.

[167]) Bett S. 106.

[168]) Jaeger §§ 207, 208 Anm. 22.

stimmungen des § 58 GG. jedenfalls im Gefolge haben müßte, heraufzubeschwören.[169])

B. Erhaltung des Unternehmens.

Wenn die Fortsetzung der Gesellschaft rechtlich unzulässig ist oder wenn es tatsächlich aus irgend welchen Ursachen nicht zu einem Fortsetzungsbeschluß kommt, so kann es doch wirtschaftlich zweckmäßig sein, daß das Unternehmen als ganzes erhalten bleibt.[170])

Dafür kann bereits der Konkursverwalter während des Konkurses Sorge tragen, indem er z. B. die ganze Konkursmasse an einen Einzelunternehmer veräußert oder sich bei Gründung oder Kapitalserhöhung einer andern G. m. b. H. oder einer Aktiengesellschaft beteiligt, wobei er dann die Masse als Einlage einwirft und dafür Anteile der andern Gesellschaft erwirbt. Zu beachten ist, daß falls die Masse in eine neue G. m. b. H. eingeworfen, nur eine Stammeinlage übernommen werden kann (§ 5 II GG.); derselben muß dann eben die entsprechende Höhe gegeben werden. Diesen Anteil bezw. diese Anteile setzt dann der Verwalter in Geld um und befriedigt dann mit dem Erlös die Gläubiger. Das Unternehmen als ganzes bleibt dabei erhalten.

Ganz das gleiche Verhalten können auch die Liquidatoren beobachten, wenn sich an den Konkurs die Liquidation anschließt. Denn auch die Liquidatoren sind nicht gebunden, die Vermögensstücke unmittelbar in Geld umzusetzen.[171]) Sie werden aber, um eine Haftung auf Schadensersatz zu vermeiden, die Gesellschafterversammlung zu befragen haben, §§ 49 II, 43 II GG. Insoweit nun Anteile übernommen wurden, sind dieselben in Geld umzusetzen und ist der Erlös an die Gesellschafter zu verteilen. — Will ein Gesellschafter einen Anteil der neuen Gesellschaft erhalten, will er also Mitglied der neuen Gesellschaft werden, so kann er dies dadurch, daß er der liquidierenden Gesellschaft (bezw. dem Konkursverwalter) einen Anteil abkauft. Dagegen kann kein Gesellschafter der alten Gesellschaft irgendwie gezwungen werden, Mitglied der neuen Gesellschaft zu werden und statt seines Anspruches auf eine Liquidationsquote (falls eine solche übrig bleibt) einen Anteil der neuen Gesellschaft zu übernehmen.

---

[169]) Gleicher Ansicht Liebmann S. 159; a. M. Parisius-Crüger S. 257.

[170]) Bett S. 107, 108.

[171]) Staub § 70 Anm. 5ff.

Ist es nicht gelungen, das Unternehmen zu erhalten, so bleibt den Gesellschaftern immer noch der Weg der Neugründung offen, falls sie ein Interesse daran haben.

§ 14.
Schlußbetrachtung.[172])

Wie schon mehrfach betont, bringt der Konkurs der G. m. b. H., vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet, erhebliche Nachteile mit sich. Dieselben werden allerdings gemindert, wenn es gelingt, den Konkurs durch Zwangsvergleich oder Konkursverzicht zu beendigen und die Gesellschaft fortzusetzen. Dieselben werden auch dann gemindert, wenn zwar der Konkurs durchgeführt wird und die Gesellschaft erlischt, das Unternehmen als solches aber erhalten bleibt. Am glücklichsten erscheint aber doch die Lösung, bei welcher der drohende Konkurs überhaupt unterbleibt, ohne daß den Gläubigern aus dem Unterbleiben des Konkurses ein Nachteil erwächst.

In erster Linie wird es da Sache der Gesellschafter sein, den Weg der Selbsthilfe zu beschreiten und mit den Gläubigern ein gütliches Abkommen zu vereinbaren, durch welches der Ausbruch des Konkurses vermieden wird.[173])

In weiterer Linie kann aber auch daran gedacht werden, einen Präventivakkord zuzulassen, bei welchem nach Art des Zwangsvergleichs eine widerwillige Minderheit von Gläubigern durch Majoritätsbeschluß genötigt werden kann, auf eine vergleichsweise Stundung oder einen vergleichsweisen, teilweisen Erlaß ihrer Forderungen einzugehen.[174]) Gerade für Handelsunternehmungen, welche ja vielfach in der Form der G. m. b. H. auftreten, wird eine solche Regelung gewünscht. Man kann dabei auch das Eingreifen einer Aufsichtsbehörde ins Auge fassen.

Das deutsche Recht kennt keinen Präventivakkord, sondern nur vereinzelte Ansätze dazu:

a) nach dem Schuldverschreibungsgesetz von 1899, § 11 (vgl. II. Kapitel);

---

[172]) Für den Konkurs der Aktiengesellschaft: Jaeger § 173 Anm. 15, 16; Goldstein S. 34; Bett §§ 23—25.

[173]) Vgl. jetzt Leist, Die Sanierung von Aktiengesellschaften, Berlin 1905.

[174]) Vgl. Kohler in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 34 S. 536 (1905).

b) bei Versicherungsgesellschaften m. b. H. kann die Aufsichtsbehörde nach § 69 I des Gesetzes vom 12. Mai 1901 eingreifen; sie kann insbesondere bestimmte Arten von Zahlungen (Gewinnverteilungen) zeitweilig verbieten; die Bestimmungen des § 69 betr. die Lebensversicherungen finden auf unsern Fall keine Anwendung, da Lebensversicherungen nicht in der Form der G. m. b. H. betrieben werden können, § 6 II l. c.

Endlich sucht der Gesetzgeber durch eine Reihe von Schutzvorschriften das Eintreten der Konkursmäßigkeit überhaupt zu verhindern; § 7 II GG. (rechtzeitige Einzahlung der Stammeinlagen); § 19 II GG. (Stammeinlagen können weder gestundet, noch erlassen, noch aufgerechnet werden); § 30 GG. (Erhaltung des Stammkapitals). Die Bestimmungen gehen indessen nicht soweit, wie bei der Aktiengesellschaft, welche unter eine weit schärfere Kontrolle gestellt ist.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W 8.